ملاحظة: تم التصحيح،
ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هـــ.
متن العروة مميز عن شرح المصنف بهذه الأقواس {   }

الفقه

الجزء الثالث والخمسون



الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الشركة والمضاربة

دار العلوم

بيروت لبنان

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ ـــ ١٩٨٨م

مُنقّحة ومصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم ــ طباعة. نشر. توزيع.

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

كتاب الشركة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الشركة

في أحكام الشركة

وهي عبارة عن كون شي ء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً

كتاب الشركة

في أحكام الشركة

قال في الجواهر: بكسر الشين مع إسكان الراء، وبفتحها مع كسرها، بل وإسكانها.

{وهي عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً} على ما عرّفها المصنف، لكن الشرائع عرفها باجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع، وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد بمثل هذا التعريف: أنه تعريف النافع والتذكرة والإيضاح وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع والروض وهو المشهور، كما في مجمع البرهان، ونقل عن الخلاف والمبسوط والكافي والوسيلة وجماعة آخرين أنها عقد.

ولا يخفى أن من لم يذكر لفظ: العقد، أراد حقيقتها الخارجية التي قد تتحقق بالعقد، وقد تحقق بأسباب أخر، ومن أضاف لفظ العقد أراد القسم العقدي منها

والمصنف لم يأت بلفظ العقد، لأنه أراد حقيقتها التي قد تتحقق بدون العقد وقد تتحقق بالعقد، وهذا أنسب حيث إن الفقيه لا بد له من التعريف الجامع لهما حتى يرتب على كل قسم أحكامه.

أما إنكار الحدائق عقد الشركة رأساً، ففي الجواهر أنه واضح الفساد، بل يمكن دعوى إجماع الخاصة والعامة على خلافه، وإنما أعرض عن تعريف المشهور لميله إلى أن الشركة تلاحظ أولاً وبالذات بالنسبة إلى الشيء المشترك فيه، بينما تعريفهم لاحظ أولاً وبالذات المشتركين، فإن الشركة قد تضاف إلى المفعول، وقد تضاف إلى الفاعل، وإن كانا وجهين لشيء واحد، إذ لا يعقل أحدهما بدون الآخر.

ولا ينتقض على المصنف بما قاله المسالك وجامع المقاصد: من أن قيد (الشياع) في تعريفهم لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من أجزاء متعددة كالبيت مثلاً إذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر وأرضه لثالث، فإنه لا شركة لعدم الشياع، وإن صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد، انتهى.

إذ في المثال ليس شيء واحد لاثنين، بل الشيء الواحد بعضه لهذا وبعضه لذاك.

ولا يخفى أنه يشمل تعريف المصنف الكسر المشاع والكلي في المعين، بينما لا يشمل تعريفهم ذلك، والأقرب أنه داخل في الشركة فيقال: لمن اشترى طناً من قصب عشرة أطنان أنه شريك معه.

نعم الانصراف البدوي لا يشمل إلاّ الكسر المشاع، وقد يؤخذ على المصنف أنه

لا يشمل إذا لم يكن هناك اثنان مع أنه قد تتحقق الشركة، كما إذا وقف أحد الشريكين نصف أرضه المشاعة مسجداً، فإنه يصح ذلك ويلزم الإفراز، كما ذكروا في كتاب الوقف، وإلا لم يجز تنجيس أي جزء منه ولا مكث الجنب والحائض فيه، إلى غير ذلك، مع أنه لا مالك للمسجد.

ولا يخفى أن هذا الإيراد أقرب إلى كلامهم، حيث قالوا: (الملاك) من كلامه، إلى غير ذلك من المباحث الطويلة التي ذكروها هنا، نقضاً وطرداً، وحمل التعاريف على اللفظية وشرح الاسم ــ كما قاله الآخوند: (رحمه الله) ــ أولى، فتأمل.

ثم لا بأس هنا للإشارة إلى معنى ذكرناه في حاشية المكاسب يناسب المقام، لبعض الفائدة هنا وفي غيره، وهو أنه لا يخفى أن الأحكام الشرعية الواردة على المواضيع العرفية يجب أن يتبع في تلك المواضيع العرف، فإذا قال الشارع الماء طاهر مطهر، يلزم أن يرجع إلى العرف في تحقيق ما هو الماء، إلاّ إذا كان للشارع اصطلاح خاص في ذلك كالصلاة مثلاً التي يريد بها الشارع حقيقة جديدة غير المفهوم عرفاً الذي هو مطلق الدعاء.

وهناك خلاف في أن الرجوع إلى العرف في المفهوم فقط دون المصداق، كما يقوله الشيخ المرتضى وكثير من المتأخرين، ولذا لا تصح المسامحات العرفية في المصاديق، أم المرجع هو العرف حتى في المصاديق، ولذا إذا قال: (فاغسلوا وجوهكم) مثلاً، لوحظ مفهوم الغسل للوجه ومصداقه، فإذا سامح العرف في عدم غسل مقدار رأس أبرة بأن سماه غسلاً للوجه، جاز اتباعه،

اللهم إلاّ ما خرج بالدليل، وهذا هو الذي أميل إليه، لأن الكلام ملقى إلى العرف بمقتضى ﴿وَما أَرْسَلْنا مِنْ رَسُولٍ إلاّ بِلِسانِ قَوْمِهِ﴾[1]، ولسان القوم أعم من المفهوم والمصداق.

وكيف كان، فهذا له مورد آخر فصلنا الكلام حوله تفصيلاً.

إذا عرفت أن العرف هو المرجع في المفاهيم، قلنا: إن اللغوي ليس إلاّ أحد العرف الذين يخرجون المعاني من العرف بالتبادر، أو من العرف بواسطة لغوي قبله الذي هو استقى المعاني أيصاً، فإذا كان الأمر كذلك وعرفنا تبادراً لمعنى لدى العرف، لم يكن قول اللغوي بخلاف ذلك حجة، ولذا نرى الفقهاء في مثال (الوطن) و(الآنية) و(الغناء) وما أشبه ذلك يشككون في كلمات اللغويين، ويرجحون ما يتبادر في أذهانهم، بالإشكال على اللغوي طرداً أو عكساً أو ما أشبه ذلك.

وعلى هذا، فاللازم في صدق (البيع) مثلاً العرف، سواء كان قول المصباح (مبادلة مال بمال) صادقاً عليه أم لا، فكلما رأينا صدق البيع عليه في العرف شمله قوله سبحانه: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[2].

إذا تحققت هاتان القاعدتان أعني لزوم اتباع العرف في موضوعات الأحكام وعدم لزوم التقيد بما قاله اللغوي إذا كان هناك تبادر، نقول: الأشياء القابلة

(١) سورة إبراهيم: الآية ٤.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

للتبادل أربعة: (العين) كعين الدار، و(المنفعة) كمنفعة الدار، و(عمل الحر)، و(الحق) كحق التحجير مثلاً، وكل واحد من هذه الأربعة قد تكون معوضاً كما لو اشترى أحد الأربعة بدينار، وقد يكون عوضاً، فالأقسام ستة عشر حاصلة من ضرب أقسام المعوض الأربعة في أقسام العوض الأربعة، ومقتضى القاعدتين السابقتين صحة جميع الأقسام، إذ لا نرى وجهاً لعدم تسمية بعضها بيعاً بعد أن البيع في العرف إعطاء شيء وأخذ شيء بهذا العنوان، أي بعنوان البيعية، وتوفر سائر الشرائط فيه، فلا يستشكل بأن بعض الحقوق ليست قابلة للنقل والانتقال كحق المضاجعة، إذ في مثل ذلك لا يكون الحق قابلاً للانتقال حتى يصح عليه البيع، لا أنه بعد تمام الشرائط لا يصح البيع، لعدم صدق تعريف المصباح عليه.

أما الإجماع الذي ذكره الجواهر في المقام، فمن الواضح الإشكال عليه صغرى بعدم تحقق الإجماع، وكبرى بأنه من محتمل الاستناد، بل مقطوعه وليس مثله حجة، كما حقق في الأصول.

وبما تقدم تعرف أنه ليس وجه في القول بأن الأخبار الدالة على بيع خدمة المدبر وبيع سكنى الدار، وبيع الأرض الخراجية وما أشبه، قد أطلق البيع فيها مجازاً، بل هو حقيقة ولا مانع منها.

ثم لا يخفى أن البيع له إطلاقان:

الأول: إطلاقه على المعاملة القائمة بالطرفين، وهذا هو المفسر في كلام المصباح وغيره بأنه مبادلة مال بمال.

الثاني: إطلاقه على أحد الطرفين، كقولهم: (بيع وشراء).

ثم إنه لما كانت الأمور الاعتبارية لا حقيقة لها في الخارج، كانت بيد المعتبر، وكثيراً ما يكون شيء واحد قابلاً لانطباق مختلف العناوين عليه، وبانطباق كل عنوان يكون له أثر خاص، مثلاً يصح كل من (الرهن) و(بيع الشرط) فيما إذا أراد إعطاء داره في مقابل ألف دينار، فإنه إن أعطاها رهناً كان كل من الطرفين ممنوعاً من التصرف ولم يؤثر الملك، وإن أعطاه بيع شرط صح تصرف المشتري وامتنع تصرف البائع وأثر الملك، إلاّ أن للبائع الفسخ عند حلول وقت الخيار، وهكذا في غير المثال المذكور.

مثلاً لا يصح بيع شيء مجهول، بينما يصح الصلح عليه، كما أنه يصح بيع الأمة وتحليلها وتزويجها دواماً ومتعةً وإعارتها وإجارتها وما أشبه ذلك.

ولا يستشكل بأن بعض هذه الأمور كالحيلة الشرعية، مثل بيع الشرط في باب الرهن، ومثل الصلح في باب بيع المجهول، لأن ضرب القواعد الكلية يستلزم إجازة كل قسم، فإن اعتبر المعتبر هذا القسم تبعه حكمه، وإن اعتبر قسماً آخر تبعه حكمه، وضرب القواعد الكلية وإن استلزم مثل هذا الجواز أهم في نظر العقل والعرف والشرع من ملاحظة الفوائد بكل دقة، مثلاً ضرب قاعدة كلية في نفوذ كل شرط أهم من ملاحظة كل مصداق مصداق من مصاديق الشرط، والحكم ببطلان الشرط إذ ألزم شيئاً باطلا كان يحكم ببطلان بيع الشرط لأنه ملازم للرهن الذي يتصرف فيه أحد الطرفين، وهو خلاف أن كلا الطرفين ممنوعان من التصرف.

هذا بالإضافة إلى ما عرفت من اختلاف الأثر، فإن لكل معاملة أثراً خاصاً لا يوجد في غيره.

إذا عرفت هذه المقدمة قلنا: لا مانع من تحقق كل واحد من البيع والإجارة في مورد واحد، فيستأجر العبد لخدمته أو يشتري خدمة العبد، كما يصح الصلح والهبة المعوضة والإعارة بشرط وما أشبه ذلك، فالإشكال في الإجارة إذا أثمرت نقل الثمرة أو ما أشبه ذلك، مما لا وجه له.

ثم لا يخفى أن (الحق) بمعنى الثبوت، وهو بهذا المعنى يطلق تارة على الله سبحانه فيقال: الله حق، وتارة على الملك نحو: هذا حق زيد، وتارة على الحق المصطلح في كلام الفقهاء نحو: حق التحجير، وتارة على التكاليف الشرعية نحو: الصلاة حق الله، وهكذا، فإن المعنى في الكل واحد، وهو الثبوت، منتهى الأمر أن الثبوت قد يكون بالنسبة إلى الذات نحو: الله الحق، وقد يكون بالنسبة إلى الإضافة، كما في الموارد الثلاثة الأخر، فإن إضافة الملك إلى زيد، وإضافة جواز التصرف في حق التحجير، وإضافة الصلاة إلى الله سبحانه ثابتة في مقابل عدم إضافة الملك لعمرو وهكذا.

وعلى هذا فجعل بعضهم الحق مشتركاً لفظياً بين هذه الأمور مما لا وجه له، والدليل على ما ذكرناه هو وحدة المعنى المتبادر إلى الذهن من الحق حين يطلق.

ثم إنه ذهب المشهور إلى أن الحق مرتبة ضعيفة من الملك، وأشكل عليهم بعض من قارب عصرنا بأن الملك غير قابل للشدة والضعف، والذي يمكن أن

يقال: إن الإنسان له أن يتصرف في بعض الأشياء، منتهى الأمر يفرق الأشياء في ذلك، فأحياناً يجوز التصرف الواحد أو تصرفان أو ثلاثة أو أربعة وهكذا، مثلاً قد يكون شيء ملكاً مطلقاً للإنسان، فيجوز أن يتصرف فيه بيعاً ورهناً وإجارةً وهبةً وصلحاً وإعارةً وما أشبه ذلك، كما أنه ينتقل منه إلى ورثته، وقد يكون ملكاً لا يجوز له أي التصرف فعلاً كملك القاصر، وقد يكون ملكاً يجوز له التصرف فيه ببعض أقسام التصرف دون بعض، كملك السفيه والمحجور والملك المشترط على المالك بعض أنحاء التصرف، كما لو باعه داراً بشرط أن لا يخرجها عن ملكه إطلاقاً، أو لا يخرجها بقيمة أقل من القيمة السوقية أو ما أشبه ذلك.

وهذه التصرفات هي لوازم الملكية، سواء كانت كثيرة أو قليلة، والحق أيضاً من الملك فهناك حق يباع ويشترى وينتقل كحق التحجير مثلاً، وهناك حق غير قابل للانتقال كحق المضاجعة، إلى غيرها من أقسام الحقوق المختلفة مما يورث أو لا يورث، أو سائر المزايا المختلفة في الحقوق.

ومما ذكرنا تعرف أن الملك والحق مترادفان واقعاً ولغةً، ولذا يطلق أحدهما في مقام الآخر فيقال: الزوجة تملك القسم، كما يقال: هذه الدار حق لزيد، كما تعرف أن الحق ليس مرتبة ضعيفة من الملك، وكأن مراد المشهور أن الملك بمعناه الاصطلاحي يتبادر منه الفرد الكامل الذي هو إباحة كل التصرفات أو جلها، كما أن الحق بمعناه الاصطلاحي يتبادر منه ما فيه إباحة بعض التصرفات، فالتصرفات التي يطلق عليها الحق أقل من التصرفات التي يطلق عليها الملك، ولا مانع أن يقال بقبول الملك للشدة والضعف بالمعنى الذي ذكرنا، لا بمعنى

الشدة والضعف الواقعيين.

بقي في المقام شيء، وهو أنه قد اشتهر بينهم أن الحق غير الحكم، فالحق من أقسام الملك، والحكم إنشاء تابع لمصلحة ملزمة في الفعل أو الترك في الوجوب والتحريم، أو لمصلحة غير ملزمة في الاستحباب والكراهة، أو إنشاء إرخاء العنان في الإباحة فيما لا مصلحة ملزمة أو مرجحة في أحد الطرفين، وكثيراً ما يتردد الفقيه بين أن الشيء الفلاني حق أو حكم.

لكن لا يخفى أن هذا تطويل بلا طائل، إذ لو أريد بهذا التقسيم كشف الآثار فذلك غير مجد، إذ اللازم معرفة كل أثر أثر من الدال على ذلك الحق أو الحكم، مثلاً في حق التولية والنظارة يلزم أن نراجع دليل هذا الحق، وهل أنه قابل للإرث أو النقل أو لا، ولو أريد بهذا التقسيم بيان الفرق بين الحق والحكم واقعاً وأنهما شيئان لكل واحد آثار خاصة، ففيه إنا لا نتعقل أمرين أحدهما دون الآخر، وإنما المعقول أن الشارع قد يجوز أشياء وقد يجوز شيئاً واحداً وقد لا يجوز، كما أنه قد يمنع أو يوجب شيئين أو شيئاً، ومن هذه لإنشاءات يتولد اصطلاح الحق أحياناً.

مثلاً من إيجاب القسم يتولد اصطلاح: حق الزوجة في المضاجعة، ومن إباحة التصرف في الأراضي يتولد اصطلاح: حق تحجير الأرض التي لا مالك لها، وهكذا.

وبالجملة فليس هناك حق في مقابل حكم، وإنما هذا من أقسام العبارة والاصطلاح فقط، وقد اعتنى به المتأخرون، بينما لا نجد منه أثراً في كلام القدماء.

لا يقال: ما ذكرتم مبني على انتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية، فلازم قولكم إن الملك أمر منتزع من جواز التصرف، وهذا غير تام، إذ كثيراً ما نرى وجود الملك بدون جواز التصرف كما في المحجور بصغر أو جنون أو سفه أو فلس أو ما أشبه.

لأنا نقول: إنا لا ندعي أن الملك هو عبارة من جواز التصرف مطلقاً، بل هو عبارة عن جواز التصرف بنفسه أو وليه، مع أن جواز التصرف إما في الحال أو في الاستقبال حيث يرتفع الحجر.

وإن أردت أن يتضح ذلك فارجع إلى الوجدان، فهل ترى أمرين: الملك وجواز التصرف، والنجاسة ووجوب الاجتناب، والزوجية وجواز المباشرة وما أشبه ذلك، وبالجملة فهناك جملة من الأحكام التكليفية ينتزع منها الحكم الوضعي، أو يقال لها الحكم الوضعي.

{و} حيث قد عرفت أن الشركة عقدية وغيرها أمور عرفية أمضاها الشارع بدليل: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1] في العقدية، و«لا يتوى حق امرئ مسلم»[2] و«لا تبطل حقوق المسلمين»[3]، و﴿**لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ**﴾[4] إلى غيرها في غير العقدية، لم يحتج ما يذكره المصنف من أقسام الشركة إلى دليل خاص.

فـــ {هي إما واقعية قهرية} أي في الواقع اشتراك مقابل الظاهر {كما في

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

(٣) الوسائل: ج٢٤ ص٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح٩.

(٤) سورة النساء: ٢٩.

المال أو الحق الموروث} حيث إن كل جزء جزء من المال مشترك بين الورثة، لأنه ظاهر العرف والشرع، وكذا فيما إذا كان وارثاً حقاً كحق الخيار، وكأن المصنف لم يذكر المنفعة لإدخاله إياها في المال، مثل منفعة البستان والدار وشبههما، فإن المبسوط والسرائر وتبعهما غيرهما كالعلامة في القواعد قسموا الشركة إلى ثلاثة أقسام: الشركة في الأعيان أو المنافع أو الحقوق، وجعلوا الأول على ثلاثة أوجه: الميراث والعقد والحيازة، ومثلوا للاشتراك في المنافع بمنفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة، ومثلوا للاشتراك في الحقوق بمثل الاشتراك في حق القصاص، وحد القذف، وحق خيار الرد بالعيب ونحو العيب، وحق المرافق كالمشي في الطرقات.

قال في مفتاح الكرامة: وحرره المتأخرون كالمحقق والعلامة والشهيدين وأبي العباس والمحقق الثاني وغيرهم ، فقيدوا الحيازة بما إذا كانت دفعة فإنها حينئذ تتحقق الشركة في الجملة، لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله، ويختلف ذلك بالقوة والضعف، ولو اشتبه مقدار كل واحد فالصلح أو تمليك كل واحد ما بقي له عند الآخر، إلى آخر كلامه.

لكن اللازم القول بالقرعة في المشتبة، أو قاعدة العدل، كما رجحناها في جملة من كتب الفقه.

نعم إذا لم يمكن القاعدة فالقرعة، وإذا لم يمكن القرعة فالصلح القهري بإجبار الحاكم، لأنه موضوع لفصل الخصومات، وهذه خصومة، فيشملها «الصلح خير».

وإما واقعية اختيارية من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك« أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً، وإما ظاهرية قهرية

لا يقال: إنه خير من شيء آخر مشروع، وإذا لم يكن شيء آخر مشروع لم تكن نوبة الصلح.

لأنه يقال: يفهم من الآية كالرواية «الصلح سيد الأحكام»، وصول النوبة إليه أخيراً إن كان شيء قبله فعلى سبيل الندب، وإن لم يكن فعلى سبيل الوجوب.

{وإما واقعية اختيارية من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك} فإنها تصبح لهما.

وإنما قال بالاشتراك، لأنه إن أحيى كل أحد منهما بعضها اختص ذلك البعض به فلا اشتراك.

ثم قد يكون كلاهما متساويين في الاشتراك فلكل نصفها، وإلا فبالنسبة، كما إذا عمل أحدهما فيها أسبوعاً، والآخر أسبوعين بكيفية متساوية من العمل.

أما إذا كان عمل الأسبوعي يساوي عمل الأسبوعيني كان الاعتبار بالعمل لا بالزمان.

{أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً} أو صادا صيداً، أو أخذا معدناً، أو ما أشبه ذلك.

{وإما ظاهرية قهرية} يريد بذلك أنه لا شركة في الواقع، وإنما يشتركان في الظاهر، لعدم تميز حصة أحدهما من الآخر، مع أنه في الواقع تتميز إحدى الحصتين عن الأخرى.

كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

{كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما} كمزج الهواء مثلاً {ولو بفعل أجنبي، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة} فإن أفراد الحنطة في الواقع كل واحدة خاصة بصاحبها، وإنما العرف لا يقدر على التميز.

{أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس} فإن كل ذرة ذرة من مال أحدهما تبقى مستقلة، لكن حيث لا يمكن تميزها عن ذرات مال الآخر تكون الشركة في الظاهر.

لكن في تعليقة السيد الجمال، وتبعه غيره: الظاهر أن يكون الامتزاج الموجب لعدم تميز المالين، اختيارياً كان أو قهرياً، موجباً لخروج كل منهما في نفس الأمر عن صلاحية الاختصاص بمالكه، وكون الشركة حينئذ واقعية لا ظاهرية.

أقول: وجه الظهور المذكور ما تقدم من أن الشركة أمر عرفي أمضاها الشارع، والعرف يرى الشركة حقيقة لا ظاهراً، وهذا أقرب، وإن سكت عليه أمثال السيدين ابن العم والبروجردي دلالة على موافقتهما للماتن.

ومما تقدم يظهر أن قول الشرائع: وقد يكون (سبب الشركة) حيازة والأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه، وعلله الجواهر بأصالة عدم دخوله

وإما ظاهرية اختيارية، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله

في ملك الغير حتى مع النية، لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلاً عما إذا لم ينو، كأنه لا وجه له، انتهى.

فيه نظر، لأن المفروض أنهما معاً حازا فكيف يختص كل واحد بما حازه، هذا بالإضافة إلى ظهور النظر في قول الجواهر من عدم ثبوت النيابة مع أن الأصل فيما ليس دليل على عدم ثبوت النيابة ثبوتها بعد رؤية العرف ثبوتها، وعدم ردع الشرع لها، وقد ذكرنا في (الفقه: الاقتصاد) وغيره ثبوت النيابة في الحيازة كأغلب المعاملات والعبادات، وهذا هو الظاهر من المشهور.

ولذا قال في المسالك: ينبغي أن يستثنى من قول المصنف ما لو كان عمل كل بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يجوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك، لأن ذلك ما يقبل النيابة.

{وإما ظاهرية اختيارية، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله}، وفيه: إن الأمور الواقعية لا يتدخل فيها القصد، فإذا سوّد الورق اسوَدّ، سواء قصد اسوداده أم لا، والشركة كما تقدم أمر عرفي فلا مدخلية للقصد وعدمه فيها وجوداً ولا عدماً، فإذا مزجا ماليهما صار مشتركاً، وإن لم يقصدا الشركة، كما إذا لم يمزجا لم تحصل الشركة وإن قصداها.

ثم إن السيد الجمال قال: والظاهر أن يكون خلط الدرهم ونحوه بمثله موجباً

للشركة ولا يكون من مجرد الاشتباه مع بقاء كل من الممتزجين من الاختصاص النفس الأمري بمالكه.

أقول: وعلى هذا إذا أودعه آحدهما درهمين والآخر درهماً، يكون الثلثان للأول والثلث للثاني، فإذا ضاع أحد الثلاثة فقد فقد الأول ثلثي الدرهم فله درهم وثلث، وفقد الثاني ثلث الدرهم فله ثلثا الدرهم، لكنه خلاف إطلاق الرواية، حيث جعل للأول درهماً ونصفاً، وللثاني نصف درهم، باعتبار أن الثاني يعترف بأن أحد الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين فيبقى درهم يحتمل أنه له أو لصديقه، فقاعدة العدل تقسمه بينهما نصفين.

فاللازم أحد شيئين ـــ بناءً على كون مقتضى القاعدة درهماً وثلث وثلثي درهم ـــ إما تقييد إطلاق الرواية بما إذا لم يكن خلط بين الدراهم بأن جعل درهماً في مكان، ودرهمين في مكان، ثم وجد في كل مكان درهماً، لا يعلم مع أيهما كان الدرهم الثاني، إذ حينئذ لم يكن خلط حتى يكون اشتراك، ويقتضي الاشتراك الدرهم والثلث وثلثي الدرهم، ووجه التقييد أن الرواية حيث كانت على خلاف القاعدة، كان لا بد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن، وهي صورة عدم الخلط.

وإما إخراج مورد الرواية حتى صورة الخلط، عن القاعدة.

أما القول كما ذكره المصنف بعدم الشركة فقد عرفت أنه خلاف العرف، والشارع لم يردع عنه.

{وإما الاختلاط مع التميز} كخلط الحنطة بالشعير، وإن صعب التفريق

أو السكر بالتراب {فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً} إذ لا دليل عقلاً أو شرعاً على الشركة في مثل المقام، ولو شك فالأصل عدمها، وحتى لو فرض الاشتباه كما إذا لم يعلم لأيهما كانت الحنطة ولأيهما كان الشعير.

{إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعة} وقد تقدم دليل الصلح القهري أو قاعدة العدل.

ولا يخفى أنه على أي من الثلاثة يلاحظ النسبة في المالية، فإذا كانت قيمة الشعير نصف قيمة الحنطة مع تساوي وزنهما، كان الصلح بإعطاء الثلث لمن له الشعير.

وكذا إذا أجرينا قاعدة العدل، وإذا أقرعنا جعلنا في مكان ثلثا وأقرعنا أنه لأيهما، فإذا خرجت لصاحب الشعير فهو، وإذا خرجت لصاحب الحنطة قسمنا البقية نصفين، وأعطينا كل واحد نصفاً، ولا حاجة إلى قرعة جديدة.

ويؤيد ما ذكرناه من أن المزج يوجب الشركة حقيقةً لا ظاهراً كما قاله المصنف، إن الشرائع قال: وكل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركة اختياراً كان المزج أو اتفاقاً.

وقال في الجواهر في شرحه مقصوداً به الشركة أولا، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

أقول: ويؤيده ما في دعائم الإسلام، بناءً على أن التتمة من الخبر، لا من

وإما واقعية مستندة إلى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها،

كلام المؤلف، وإلا كان مؤيداً من جهة فهم القاضي كما ذكرناه، وهو دليل عرفي لما ذكرناه أيضاً.

فقد روي عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجاز الشركة في الرقاع والأرضين، وأشرك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) علياً (عليه السلام) في هديه، وإذا أراد رجلان أن يشتركا في الأموال فأخرج كل واحد منهما مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم، ثم خلطا ذلك حتى يصير مالاً واحداً لا يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من أنواع التجارات، فما كان في ذلك من فضل كان بينهما، وما كان من وضيعة كان عليهما بالسواء، فهذه شركة صحيحة لا اختلاف علمناه فيها، وليس لأحدهما أن يبيع ويشتري إلا مع صاحبه، إلاّ أن يجعل له ذلك»[1]، انتهى عبارة الدعائم.

وهل قوله: (وإذا) من تتمة الرواية، أو فتوى القاضي، احتمالان.

{وإما واقعية مستندة إلى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة ونحوها} كالمضاربة والمزارعة والمساقاة حيث تعددت العامل، فإنهما شريكان، والشركة حصلت بالعقود المذكورة، كما

---

(١) المستدرك: ج٢ ص ٥٠٠ الباب ٦ من أبواب الشركة ح١. الدعائم: ج٢ ص١٥ باب الشركة.

وإما واقعية منشأه بتشريك أحدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه، ويسمي عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجملة من الأخبار

ذكرناه في كتاب المضاربة.

{وإما واقعية منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه} وبذلك يصبح شريكاً له.

{ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجملة من الأخبار}:

مثل ما رواه رفاعة في الصحيح، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال: إن ربحنا فلك نصف الربح، وإن كان وضيعة فليس عليك شيء، فقال: «لا أرى بهذا بأساَ إذا طابت نفس صاحب الجارية»[1].

وفي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يأتي الرجل فيقول: أنقد عني في سلعة فتموت أو يصيبها شيء، قال: «له الربح، وعليه الوضيعة»[2].

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشاركه الرجل في السلعة، يولي عليها، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»[3].

وعن وهيب بن حفص، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧٥ الباب١ من أبواب الشركة ح٨.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧٥ الباب١ من أبواب الشركة ح٧.

(٣) ا لوسائل: ج١٣ ص١٧٥ الباب١ من أبواب الشركة ح٦.

يشارك الرجل على السلعة ويوليه عليها، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»[1].

إلى غيرها.

{وإما واقعية منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله، ويسمى هذا بالشركة العقدية، ومعدود من العقود} حيث يعقدان على أن يكون نصف أو ثلث أو ما أشبه من ماله لشريكه، في قبال نصف أو ثلث أو ما أشبه من مال شريكه له، سواء مع اتحاد النسبة كالنصف في قبال النصف، أو مع الاختلاف كالنصف في قبال الثلث، وذلك لإطلاق أدلة العقود بعد كون مثل هذه الشركة أمراً عقلائياً.

قال في الشرائع: ولو أرادا الشركة فيما لا مثل له، باع كل واحد منهما مما في يده بحصته مما في يد الآخر، وشرحه الجواهر قائلاً: أو وهب كل منهما كذلك أو باعها بثمن اشترى به الأخرى به منه أو غير ذلك، انتهى.

والظاهر أنه يحصل بلفظ التشريك وما أفاد مفاده، إذ لا لفظ خاص في المقام، كما لا خصوصية لإجراء العقد أو الهبة، والظاهر أن الجواهر ذكرهما من باب المثال.

نعم، لا يبعد اشتراط عدم الغرر لإطلاق نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر[2]، فإذا لم يكن غرر

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧٥ الباب١ من أبواب الشركةح ٥.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٢٣٠ الباب٤٠ من أبواب التجارة ح٣.

ثم إن الشركة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة، وقد تكون في حق وبحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة، وإما بنحو الكلي في المعين

عرفي لم يحتج إلى العلم بما عند كل منهما، بل ولا علم المالك بما عنده، فإذا كان لهما دكانان يعلم في الجملة قيمة كل البضائع الموجودة فيهما جاز التشريك المذكور.

وإن لم يعلم ذات كل جنس جنس وقيمته، وقدر كل جنس جنس، كأن لم يعلم هل فيهما الحناء أو السكر أو الشاي، وهل قدر كل جنس حقة أو أكثر، وهل قيمة كل جنس دينار أو أقل، وإنما يعلم في الجملة أن دكان زيد يسوي مائة ودكان عمرو يسوي خمسين، فيجعل ربع دكان الأول في قبال نصف دكان الثاني، فيشترك الثاني مع الأول في الربع، والأول مع الثاني في النصف.

{ثم إن الشركة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة، وقد تكون في حق} كما تقدم {وبحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة} كالنصف والثلث، {وإما بنحو الكلي في المعين}، فحقة في ضمن عشر حقق لهذا، والتسع الأخر في ضمن المجموع لذاك.

وإشكال بعضهم في الكلي في المعين غير ظاهر الوجه، إذ غاية ما يقال: إنها غير مألوفة، وفيه: بعد تسليم ذلك لا يستلزم إطلاق أدلة الشركة المألوفية، فالعرفية بعد عدم تقييد الشارع يكفي في الصحة.

وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، والسادة في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقات العامة ونحوها.

{وقد تكون} الشركة {على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف، كما في شركة الفقراء في الزكاة، والسادة في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقاف العامة ونحوها} كالذرية ونحوهم في الوقف الخاص.

ولا يخفى أن مراد المصنف هو ما ذكره الجواهر، قال: لا ريب في ملك الفقراء للزكاة والسادة الخمس والمسلمين للأرض المفتوحة عنوة، إلاّ أنه ملك جنس لا تعدد فيه، كي يصدق معه اجتماع حقوق الملاك والأفراد من حيث لا ملك لأحد منها، كما أن الأشياء المباحة من معدن ونحوه هي بين الناس على حد سواء، بمعنى أن لكل واحد حيازتها، والسابق منهم أحق من غيره، ومع تعدد السابق يقرع، وكذا المسجد والوقف العام، انتهى.

أقول: إنما سمي الزكاة والخمس شركة، لما ورد من أن الله شرّك بين الأغنياء والفقراء في روايات متعددة تقدمت في كتاب الزكاة، وفي القرآن الحكيم: ﴿وَاعْلَمُوا إنما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فأنّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾[1] الآية، ومراد المصنف أن كل واحد إذا حصل حقه استقل في التصرف، فليس كل جزء جزء لكل شخص شخص، فإذا أخذ الفقير ديناراً من صاحب المال لا يحتاج إلى رضاية سائر الشركاء.

(١) سورة الأنفال: الآية ٤١.

وكذا بالنسبة إلى غرف المدرسة، ومقدار الحصة من الوقف العام والخاص، ومراد الجواهر من كل واحد حيازتها، أي بقدر حقه كما ذكرناه في كتاب (الفقه: الاقتصاد) وأحقية السابق للدليل الخاص، كما ذكرناه هناك من قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد»[1].

أما القرعة، فلعل الأقرب القسمة لأنها قاعدة العدل، وقد ذكرنا في بعض المباحث أن القاعدة مقدمة على القرعة، لأنها ترفع الإشكال الذي هو موضوع القرعة.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٠٠ الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة ح٢٠١.

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلاّ في الأموال بل الأعيان، فلا تصح في الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح

(**مسألة ١**): {لا تصح الشركة العقدية إلاّ في الأموال} أما صحتها في الأموال فلا إشكال فيها ولا خلاف، بل الإجماعات عليه بشرط ما ذكره بقوله: {بل الأعيان}.

قال الشرائع: وإنما تصح بالأموال، وقال في الجواهر: بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسيمه أيضاً على الصحة فيها، كما ادعى الإجماع غيره، ويشملها إطلاق الكتاب والسنة ودليل العقل.

أما ما ذكره بقوله: {فلا تصح في الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح}، فقد استدل له ببعض ما ذكر من مستند المنع في غيرها، مثل استلزام اشتراك منفعة دين أحدهما بينهما مع أن عقد الشركة في التجارة غير مؤثر في تمليك مال من أحد إلى غيره، وليس بمعاوضة مال بمال لا عيناً ولا منفعة، ومثل أصالة عدم الانعقاد، ومثل عدم إطلاق للشركة يشمل الدين، لأن المنصرف العين، ومثل أن العين القدر المتيقن من الأدلة.

وفي الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول، بالإضافة إلى أن الدين لا منفعة له، أنه لا بأس بذلك بعد العقد، فإن إطلاق ﴿أوفوا بالعقود﴾ يشمله[1].

(١) سورة المائدة: الآية ١.

وكذا لا تصح في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً

وعلى الثاني: إن الأصل لا محل له بعد أنه عرفي، فيشمله إطلاق الأدلة.

وعلى الثالث: إنه لا وجه لعدم الإطلاق، والانصراف لو كان فهو بدوي، وبه يعرف وجه النظر في التمسك بالقدر المتيقن، ولذا فالذين ذكروا هذا الشرط هم قلة.

نعم ذكره المصنف، وقرره غالب المعلقين عليه بالسكوت.

وعليه فلا فرق في صحة الشركة بين كونها في الدين، أو في العين، أو فيهما معاً.

ومن الكلام في الدين يظهر الكلام في قوله: {وكذا لا تصح في المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً} فإنه لا دليل على المنع عن ذلك، إلاّ توهم أنه أكل للمال بالباطل[1]، فإن الرابح منهما بأي وجه يعطي نصف ربحه للآخر مع أن الآخر لم يعمل في قبال ذلك عملاً مع أن الربح في قبال العمل.

وفيه: إن الباطل إما شرعاً ولا دليل على أنها باطل، وإما عرفاً والعرف لا يرى ذلك باطلاً، بل يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾ وهو نوع من الأخوة والمواساة والمساواة.

أما أنه لم يعمل فلا حق له، ففيه:

أولاً: إن العقد عمل، ولذا إذا اشترى بمائة وباعه بمائة وعشرة، لا يقال إن العشرة الزائدة ليست حقه لأنه لم يعمل.

(١) إشارة إلى قوله تعالى في سورة البقرة: الآية ١٨٨.

ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلاً، وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار

وثانياً: إذا أراد الطرف الآخر كان من حقه ذلك، فـــ ﴿أَنْ لَيْسَ لِلإنْسَانِ إلاّ مَا سَعَى﴾[1] يشمل سعي المورّث والمضيف والواقف والمهدي ونحوهم، فإن لهؤلاء أن يجعلوا سعيهم تحت اختيار غيرهم، وقد فصلنا الكلام حول ذلك في (فقه الاقتصاد) فراجع، فإن المال في قبال خمسة أشياء: العمل الجسدي، والفكري، والمواد، وشروط الزمان والمكان، والعلاقات الاجتماعية.

ويؤيد الصحة ما ذكره بقوله: {ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر} وإن لم تكن المنفعة فعلية الآن، إذ لا حاجة إلى الفعلية في الصلح، لإطلاق أدلته الشاملة للشأنية أيضاً.

{أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلاً، وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار} وإنما قلنا إنه مؤيد لظهور أنه عقلائي، وإذا كان عقلائياً شمله دليل الشركة، وليس معنى ما ذكرناه التلازم بين صحة الصلح للتوسعة فيه، ولا يصح غيره، وقد ذكرناه في أول الكتاب السر في جعل الشارع والعقلاء معاملة صحيحة ومعاملة غير صحيحة مع أن النتيجة واحدة.

(١) سورة النجم: الآية ٣٩.

وكذا لا تصح شركة الأعمال، وتسمى شركة الأبدان أيضاً، وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما

{وكذا لا تصح شركة الأعمال، وتسمى شركة الأبدان أيضاً، وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما}، قال في الجواهر: بلا خلاف معتد به أجد فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، والمحكي منهما مستفيض أو متواتر، انتهى.

ثم حكى عن أبي علي جوازها، كما حكي عن مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح من أنه لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان والا فلا مانع.

أقول: لولا الإجماعات المذكورة والتي لا تضرها ما ذكر، ولا خلو المهذب وفقه الراوندي، لكان القول بالجواز متعيناً، إلاّ أن الإجماعات تمنع من القول بالجواز.

قال في الجواهر: وما يحكى من شركة سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء، فأقرهم النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وشركهم جميعاً[1]، غير ثابت مع إمكان

(١) الجواهر: ج٢٦ ص٢٩٦.

سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان على أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما

أن يكون ذلك يوم بدر الذي غنائمه ــ على ما صرح في التذكرة ــ للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، فيمكن أن يكون ذلك منه هبة لهم، بل يمكن غير ذلك أيضاً، انتهى.

أقول: لعل إقرار النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كان من باب رضاهم حتى بعد الأسر، والخبر مذكور في سنن البيهقي كما نقل، و لم أفحص حتى أرى هل يوجد في كتبنا الفقهية أم لا.

وكيف كان، ففي المسالك: (وأما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها، ومنهم من أجازها مطلقاً ومنهم من أجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح)، انتهى.

ولذا قال المصنف تبعاً لغيره: {سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً، أو كان على أحدهما الخياطة والآخر النساجة} وكذلك سواء تساويا في زمان العمل وكميته أم لا.

{وسواء كان ذلك في عمل معين} كخياطة هذا ونساجة هذا {أو في كل ما يعمل كل منهما} بناءً أو نجارة أو صنعة أخرى، كل ذلك لإطلاق معاقد الإجماعات.

أما الاستدلال بأنه أكل للمال بالباطل، وأنه غرر، وأنه خلاف ﴿أن ليس للإنسان إلاّ ما سعى﴾، إلى غير ذلك، فقد عرفت الجواب عنها.

ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض

{ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة} أو نسبة أخرى {أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض} كالدينار في المثال السابق.

ولو كان بعد العمل صحت الهبة أيضاً، أما الهبة قبل العمل فهل تصح لأن كلاً منهما يملك عمله الآن قبل العمل، ولذا يصح إيجار نفسه، ويصح للمرأة هبة قسمها للشريكة، أو هبة نفقتها الآتية للزوج، أو لا تصح، لأن أدلة الهبة منصرفة إلى ما كان خارجياً، ولو شك فالأصل العدم، احتمالان.

وإن كان الأقرب الأول، لأنه عقلائي ولم يثبت ردع الشرع عنه، فيهب أحدهما للآخر هبة مطلقة، ويهبه الآخر كذلك، أو يجعلان الهبة مشروطة حتى لا تكون قابلة للفسخ.

ثم إنه لو جعلا هذه النتيجة شرطاً في ضمن عقد لازم لزم أيضاً، لإطلاق دليل الشرط.

نعم لو جعلاه شرطاً في ضمن عقد جائز لم يلزم، لما ذكرناه في كتاب المضاربة، من أن الشرط في ضمن العقد الجائز جائز أيضاً، على ما هو مسلك المشهور، وتقتضيه القاعدة أيضاً.

ولا تصح أيضاً شركة الوجوه، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما، فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما

{ولا تصح أيضاً شركة الوجوه} وقد فسرت بتفاسير أشهرها ما ذكره بقوله: {وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما}، أو لهما مال لكن لا يجعلان المال طرفاً للأخذ والعطاء، {بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه} والبيع من باب المثال وإلا فالإجارة ونحوها أيضاً كذلك.

{ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما}، قال في الجواهر: وقيل (في تفسير الشركة بالوجوه): أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما، وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما، وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له، انتهى.

قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (وشركة الوجوه) باطلة عندنا، كما في التنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضة، وإجماعاً كما في السرائر والمختلف وشرح الإرشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح أيضاً، وجامع المقاصد.

ثم نقل عن المفاتيح القول ببطلانه عن الخلاف والمبسوط والوسيلة،

وسائر ما تأخر عنها إلى الرياض، ونقل أن أبا علي قال بالصحة، وأن جماعة لم يتعرضوا له.

أقول: والعمدة في المسألة الإجماع، لا ما استدل به بعضهم من الأصل، والأكل بالباطل[1]، والضرر[2]، وأنه خلاف ﴿لَيْسَ لِلْإنسان إلاّ ما سَعى﴾[3]، والغرر[4]، وذلك لما عرفت من الإشكال في هذه الأدلة، ولا يخفى أن الإجماع وإن كان محتمل الاستناد إلى هذه الأدلة، ومثله ليس بحجة كما قرر في محله، إلاّ أن قوة اتفاقهم بحيث لم يعرف مخالف إلاّ واحد، بل قال الرياض كما حكي عنه: إن هذه الثلاثة باطلة بإجماعنا، كما في الغنية والانتصار والمختلف والتذكرة، إلى آخر كلامه، يوجب اتباعهم، فإن مثل ذلك من أقوى الإجماعات، ولو لم يكن حجة في مثل هذه المسألة لم يكن مورد لحجيته كما لا يخفى.

{وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح، وكّل كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمتهما} أو أوقعا ذلك على نحو الصلح أو الهبة أو ما أشبه، كما تقدم في غير مثل هذه الشركة.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٢) الكافي: ج٥ ص٢٩٢ ح٨.

(٣) سورة النجم: الآية ٤.

(٤) الوسائل: ج١٢ ص٢٣ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح٣.

وشركة المفاوضة أيضاً باطلة، وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما

{وشركة المفاوضة أيضاً باطلة، وهي أن يشترك اثنان أو أزيد} ولا يخفى أن الأزيد أيضاً يأتي في كل الأقسام المتقدمة صحيحها وباطلها، فذكره هنا دون السابق لا يخرج عن كونه ضعفاً في العبارة {على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر} كالحيازة والتحجير وغيرهما {أو إرث أو وصية أو نحو ذلك} كالنفقة وبدل القسم في المرأة التي تأخذ من ضرتها بدلاً لإعطائها قسمها، إلى غير ذلك {مشتركاً بينهما} بنسبة خاصة من نصف أو غيره.

{وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما}، قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: ولا شركة عندنا في المفاوضة التي هي اشتراك شخصين فيما يغتنمان به من ربح وإرث ولقطة ودكان وغير ذلك، ويغرمان من أرش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقاً، لعدم الدليل عليه عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (شركة المفاوضة باطلة إجماعاً): كما في السرائر والإيضاح وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا، كما في التذكرة والروضة وإيضاح النافع و

فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً وتسمى بشركة العنان.

في المبسوط أنه الذي يقتضيه مذهبنا، وفي المسالك أنها باطلة إلاّ عند أبي حنيفة إلى آخر كلامه (رحمه الله).

والإجماع المذكور هو العمدة لا بعض الوجوه الآخر التي تقدمت كالغرر والضرر ونحوهما.

{فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً} لا ديناً، ولا التي تملك في المستقبل، وقد عرفت الإشكال في الدين، وأما الذي يملك في المستقبل فلأنه ليس بمملوك فيكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع، لكن فيه: إنه إذا كان عقلائياً لم يكن وجه للمنع عنه، فيكون حاله حال الدين.

{وتسمى بشركة العنان} من عنان الدابة أو من (عنّ) إذا ظهر أو من (المعاونة) بمعنى المعاوضة، كما في الجواهر.

فالأول: كأن كل واحد منهما أخذ عنان الآخر، فلا يتركه يسدر كيف يشاء.

والثاني: كأن كل واحد ظهر ما عنده من مال وعمل، بينما المنفرد في عمله لا يظهر للناس ذلك منه.

والثالث: كأن كل واحد أعطى بعض ماله وبعض عمله للآخر في قبال أخذهما من الآخر.

ثم إنه كان على المصنف أن يذكر صورة صحة المفاوضة بالشرط في ضمن العقد ونحوه، كما ذكر وجه صحة غير المفاوضة.

(مسألة ٢): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح، وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما

(مسألة ٢): {لو استأجر} إنسان {اثنين لعمل واحد} سواء صنعة كالخياطة والنجارة، أو عملاً جسدياً كإفراغ البئر من التراب، أو فكرياً جسدياً كوضع الخريطة لبناء الدار، أو كلامياً كالتكلم مع زيد لرجوعه إلى زوجته بعد عزم طلاقها مثلاً، {بأجرة معلومة صح} الاستيجار المذكور، لإطلاق أدلة الإجارة مما يشمل الصور الأربع: وحدة المؤجر أو المستأجر وتعددهما.

وكذا يصح الأمر بالنسبة إلى الجعالة، مع فرق كون الإجارة عقد والجعالة إيقاع كما قالوا، إلى غيره من الفوارق بينهما.

{وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما} إذا أطلقت الإجارة، وذلك لأن النسبة هي المنصرفة عن الإطلاق، فهي كما إذا صرحت النسبة لفظاً، فإن العقود تتبع القصود.

ومنه يعلم صحة عدم نسبة عملهما إذا لم يكن اضطرار ونحوه مما يبطل الإجارة، لأنه خلاف الرضى، كأن يجعل لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين مع كون عملهما على حد سواء.

ثم إن العمل الواحد قد يكون متشابه الأجزاء كبناء دار من بنّاءين، وقد يكون غير متشابه الأجزاء مثل أن يستأجرهما لبناء الدار حيث أحدهما يعمل عمله الفكري بوضع الخريطة والآخر عمله الجسدي بالبناء، وذلك لإطلاق الدليل.

ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع، ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة، بل من شركة الأموال، فهو كما لو استأجر كلاً منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما

كما تقدم {ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد، لكفاية معلومية المجموع} مما يخرجه عن الغرر، وقد ذكرنا غير مرة أن الغرر عرفي لا شرعي، والعرف لا يري الغرر في مثل ذلك، كما في بيع أجناس متعددة بقيمة واحدة في صفقة واحدة مع الجهل بأن لكل جنس منها كم يقع من الثمن، ومن جعل الغرر الشرعي أوسع من الغرر العرفي، كما ألمع إليه الشيخ (رحمه الله) في المكاسب، غير ظاهر وجه كلامه، بعد أن الموضوعات العرفية تؤخذ من العرف إلاّ إذا قام الدليل الشرعي على التصرف، وليس المقام من المستثنى.

{ولا يكون من شركة الأعمال} شركة الأبدان المتقدمة في المسألة السابقة {التي تكون باطلة، بل من شركة الأموال} لأنهما يعمل كل منهما عملاً في قبال أجرة، وحيث يعطيهما الأجرة الواحدة وهما مشتركان فيها، يقسمانها بينهما.

{فهو كما لو استأجر} المستأجر {كلاً منهما} بانفراده {لعمل} خاص به {وأعطاهما} بعد العمل {شيئاً واحداً} كدينار {بإزاء أجرتهما} أي أعطاهما الدينار مثلاً أجرة لهما، فإنه يقسم بينهما حسب حق كل واحد، فكما أن هذا ليس من شركة الأعمال كذلك الذي عنوناه في المسألة.

ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما، فإن احتمل التساوي حمل عليه، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر، وإن علم زيادة أحدهما على الآخر

{ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما} هل هما على التساوي أو الاختلاف، أو علم بالاختلاف بأن عمل أحدهما ضعف عمل الآخر لكن لم يعلم هل عامل الضعف زيد أو عمرو، سواء كان الاشتباه ظناً أو شكاً، لأن الظن لا يثبت شيئاً.

{فإن احتمل التساوي حمل عليه}، وذلك {لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الأخر} وكذلك في كل مورد هذا الشك، مثل أن كان عنده مال وديعة أو أجرة لنفرين، أو وقفاً لإنسانين أو خيرين كالمسجد أو ما أشبه، و لم يعلم بتساوي حقهما أو اختلافه، فإن قاعدة العدل أيضاً تقتضي ذلك، وهي مقدمة على الأصل، بل ربما يقال: إن أصل عدم الزيادة معارضة بأصل عدم التساوي، إلاّ أن يقال: إن مراده الأصل العقلائي الجاري في المقام، لا الأصل العلمي.

وحيث قد رأى غير واحد من المعلقين عدم صحة الأصل لمعارضته كما عرفت، جعلوا الحكم شيئاً آخر، فقال ابن العم: والأحوط التصالح في هذه الصورة، وفي صورة العلم بزيادة أحدهما على الآخر إن أمكن وإلا فالقرعة، وكذلك جعل السيد البروجردي وغيره الأحوط التصالح.

{وإن علم زيادة أحدهما على الآخر}، فإن علم أن زيداً مثلاً أزيد و لم يعلم مقداره أخذ بالقدر المتيقن، فإنه مثل ما لو علم أن زيداً يطلبه، لكنه لا يعلم هل

فيحتمل القرعة في المقدار الزائد ويحتمل الصلح القهري.

يطلبه ديناراً أو دينارين.

وإن لم يعلم أن أيهما أزيد، مع العلم بالمقدار الزائد كدينار مثلاً أو بدونه، {فيحتمل القرعة} لأنها لكل أمر مشكل[1]، {في المقدار الزائد} المقطوع به لا المشكوك فيه، لما تقدم من أنه مجرى الأصل، {ويحتمل الصلح القهري} لما تقدم من وجهه.

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٨٩ الباب ٣ ح١١.

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة، أو نصبا معاً شبكة للصيد، أو أحييا أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي

(مسألة ٣): {لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً بآنية واحدة، أو نصبا معاً شبكةً للصيد، أو أحييا أرضاً معاً} أو أجريا معاً نهراً، أو حفرا بئراً فاجتمع فيها الماء، أو أخرجا معاً معدناً ولؤلؤاً بالغوص من البحر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر، اشتركا فيه بالتساوي} ولا يضر جهالة كل منهما قدر نصف منفعته، وقدر نصف منفعة الآخر، إذ مثل هذه الجهالة لا تسبب الغرر عرفاً، وقد تقدم أن الغرر عرفي، وهو الذي حكم عليه الشارع بالنفي الذي معناه النهي حكماً والبطلان وضعاً.

وعليه لا فرق بين أن يكون التمليك بالصلح، أو الهبة المعوضة، أو البيع، أو الشرط في ضمن عقد، كما يصح أن يملك كل واحد نصف ماله للآخر بدون المقابلة، فيكون هبتان اشتركا فيه التساوي.

أما إذا لم يكن التقابل بالتصنيف، بل قال: وهبت لك ثلث مالي في قبال نصف مالك، لم ينفع ذلك في العلم بقدر مال كل واحد منهما، مثلاً لو كان لأحدهما دينار، وللآخر ديناران في الواقع، كان لواهب الثلث دينار وثلثان، وللآخر دينار وثلث، ولو كان لكل منهما دينار ونصف كان للأول ديناران، وللآخر دينار، إلى غير ذلك، فحيث يجهل نصيب كل واحد لم يعرف بمصالحة غير النصف ما آل إليه التعويض.

{وإلاّ فلكل منهما بنسبة عمله}، قال في الشرائع: لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً دفعة تحققت الشركة. وقال في المسالك: ولكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله، ويختلف ذلك بالقوة والضعف، ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح أو تمليك كل واحد ما بقي له عند الآخر، بناءً على جواز هبة المجهول، انتهى.

وإنما كان لكل بنسبة عمله لأنه إنتاجه، فالفائدة تعود إليه عقلاً وشرعاً، أما قيمة أصل الشجرة ونحوها فقد أباحها الله سبحانه لمن سبق إليها.

ومنه يعلم الإشكال فيما ذكره الجواهر، قال: أو يحكم بالنصف، لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف، لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله: «من حاز ملك»، ولعدم الدليل على اقتصار ذلك التفاوت في المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إن الأصل المذكور إن كان شرعياً فقد عرفت معارضته بأصالة عدم التساوي، وإن كان عقلائياً كما تقدم فلا مجال له مع رؤية العقلاء أن لكل يقدر حقه، وقد أيده الشارع بقوله: ﴿وأن ليس للإنسان ما سعى﴾.

وثانياً: إن دليل مالكية الإنسان لما حازه يجب أن ينضم إلى القاعدة الشرعية والعقلية المقتضية لأن لكل بقدر حقه، سواء ورد في الشرع «من حاز ملك»، كما هو ظاهر الجواهر وغيره أم لا، فإنا لم نجد هذه العبارة في ما فحصناه من الكتب، أو ورد ما هو بمعناه، وقياس المقام بباب الديات والقصاص، حيث حقق هناك

ولو بحسب القوة والضعف، ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة، وربما يحتمل التساوي مطلقا لصدق اتحاد فعلهما

أن العبرة بعدد الجناة لا الجنايات لا وجه له، إذ ثبت هناك بدليل خاص مما هو مفقود في المقام.

وثالثاً: قوله (لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً) غير ظاهر، إذ الدليل «لا يتوى» و«إلا ما سعى» و«حقوق المسلمين لا تبطل» و«من سبق»، حيث إن العرف يرى أن أحدهما سبق إلى الثلث والآخر إلى الثلثين، فلو ربط أحدهما دابتين والآخر دابة حتى حملت الشجرة إلى البلد، أو كان لأحدهما ثلثا الدلو وللآخر ثلثه حتى متحا الماء، أو نشر أحدهما ثلثي الشجرة حجماً والآخر الثلث، أو كان لأحدهما قوة سحب ثلثي السمكة من الماء وللآخر قوة سحب ثلثها، لا يشك العرف في أن للأكثر عملاً ضعف الأقل، سواء كان ذلك وليد تفاوت القوة والضعف، أو وليد تفاوت العمل.

ومنه يظهر ضعف تعليق جملة من المعلقين منهم السيد البروجردي بالاحتياط بالتصالح عند قول الماتن (بنسبة عمله).

{ولو بحسب القوة والضعف} ومنه يعلم سائر أشباه ذلك، كما إذا كان المحاز يسوى في الغابة عشرة، وبعد عشرة فراسخ عشرين، وبعد عشرين فرسخاً ثلاثين، فسحبه أحدهما إلى خمسة فرسخ والآخر إلى رأس عشرين، فإن نصيب الأول خمسة فقط لأنه حقه، أما الزائد فللثاني، لأنه حسب رؤية العرف ترقى بالتفاوت بين خمسة وثلاثين بحسب عمل الثاني.

{ولو اشتبه الحال} الاشتباهات السابقة {فكالمسألة السابقة} في الحكم {وربما يحتمل التساوي مطلقاً} كما تقدم عن الجواهر {لصدق اتحاد فعلهما

في السببية واندراجهما في قوله: «من حاز ملك»، وهو كما ترى.

في السببية واندراجهما في قوله} أي إطلاق: {«من حاز ملك»} حيث يدل على تساوي ملكهما {وهو كما ترى}.

ولذا سكت على الماتن غالب المعلقين، كالسيدين ابن العم والجمال وغيرهما.

(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم، في الشركة العقدية مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار

(مسألة ٤): {يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم، في الشركة العقدية} التي يوجب العقد الشركة لا الامتزاج والإرث ونحوهما.

وإنما جعله ظاهر كلماتهم مع أن العلامة وغيره صرحوا بالإجماع بعدم صحة الشركة إلاّ بالمزج، لاحتماله إرادتهم الشركة غير العقدية، فتأمل.

{مضافاً إلى الإيجاب والقبول} ولو بالمعاطاة لإطلاق أدلتها.

ثم حيث إن الشركة من قسم الإضافة المتكافأة الأطراف فنسبة هذا إلى ذاك كالعكس، فاعتبار الإيجاب والقبول، إنما هو باعتبار السابق واللاحق في الإنشاء، وإلا فلا تقدم وتأخر في الحقيقة بينهما، ولذا يصح أن يقول كل واحد منهما في عرض الآخر (اشتركنا)، وبذا تتحقق الشركة لأنه إذا تحققت الشركة العقلائية تحققت الشركة الشرعية، فإن إطلاق الأدلة يشملها.

{والبلوغ} لأنه لا يجوز أمر الغلام، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب المضاربة، وناقشنا في عدم صحة عمل غير البالغ إذا كان مميزاً فطناً.

{والعقل} بلا إشكال ولا خلاف، إلاّ في الأدواري حيث يصح منه في حال العقل.

{والاختيار} حيث لا تصح من المكرَه، أما المضطر فتصح منه لأنه يعلمه باختياره، وإن كان اضطراره دفعه إلى الاختيار، وقد ذكرنا في كتاب الاقتصاد من الفقه تفصيلاً في المضطر.

وعدم الحجر لفلس أو سفه، امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعة اتحادهما في الجنس والوصف

{وعدم الحجر لفلس أو سفه} وقد تقدم دليل ذلك في المضاربة، فلا حاجة إلى تكراره.

{امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً}، وعلله في الجواهر وغيره بأن المزج رافع للامتياز الذي يسبب الشركة، فلو تخلف تحقق الامتياز المنافي للشركة.

وقال في موضع آخر: وبدون المزج الأصل بقاء كل على ملك مالكه، الذي يقتضي في الخروج عنها على المتيقن الذي هو المزج في المثليات دون غيرها.

ثم إن كان المزج سابقاً فقد حصلت الشركة، وفائدة العقد حينئذ جواز التصرف.

{بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض} مقابل النقود كالثياب والأخشاب والحيوانات وأمثالها مما ليس ذهباً ولا فضة.

{بل اشترط جماعة اتحادهما في الجنس والوصف} كالحنطة بالحنطة، والحنطة البيضاء بالحنطة البيضاء، فلا تصح الشركة في مزج العسل بالخل، والعسل الأحمر بالعسل الأبيض، وهو المحكي عن المبسوط والوسيلة و

والأظهر عدم اعتباره، بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر، بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير، وذلك للعمومات العامة كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله (عليه السلام):

السرائر والشرائع والتذكرة والمسالك وغيرهم، بل عن الكفاية الإجماع عليه.

{والأظهر عدم اعتباره} لإطلاق الأدلة بعد رؤية العرف تحقق الشركة في مختلف الجنس والوصف، فلا مجال للأصل.

{بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج} السكر بالخل أو العسل بالماء، و{دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه} غيره من سائر أقسام المزج.

{أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر} بحيث لم يكن امتياز، إذ مع الامتياز لا يحصل المزج الذي اعتبروه.

{بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير} وبالأرز وغيره، وإن بقيا متمايزين، إذ ليس الدليل على لزوم عدم الامتياز إلاّ الإجماع المدعى، وهو محتمل الاستناد إن لم يكن مقطوعه.

{وذلك للعمومات العامة، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] وقوله (عليه السلام):

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

«المؤمنون عند شروطهم»، وغيرهما، بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات، ودعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك كما ترى،

«المؤمنون عند شروطهم»}[1]، إذا قلنا بأن الشرط شامل للعقد، أو جعلت الشركة كذلك في ضمن شرط عقد {وغيرهما} مثل: ﴿تجارة عن تراض﴾، بل وكونه شركة عند العقلاء فيشمله ما دل على إمضاء الشارع للشركة العقلائية بدون تقييد.

{بل لولا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً} وأنه يمكن الشركة في مالين وإن لم يمتزجا، وإنما كان الممكن المنع {عملاً بالعمومات} المذكورة، فيكون لهذا دراهم ولذاك دنانير فيقولان: نحن شركاء فيهما، بذلك يكون لهما، وهذا هو الظاهر من جملة من المعلقين منهم السيدان ابن العم والجمال، حيث لم يعلقوا على المتن، وإن قال السيد البروجردي عند قول الماتن (لا يبعد): بل هي بعيدة، وعند قوله (الأحوط): لا يترك، ومنه يظهر أن له عنده نوع تردد أيضاً.

{ودعوى عدم كفايتها} أي العمومات {لإثبات ذلك} لأنها لا عمومية لها من هذه الجهة، نعم هذا ظاهر من الشيخ والعلامة والمحقق والشهيد الثانيين في بعض عباراتهم {كما ترى} إذ لا مانع من الشركة بالنحو المذكور عند العقلاء، و

(١) المستدرك: ج٣ ص٣٠ من أبواب نوادر الشهادات ح٤.

لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك، في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن.

هذا ويكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل.

لا دليل من الشارع في منعها، فلا وجه للالتزام به.

{لكن الأحوط مع ذلك} الذي قلنا بصحتها شركة عقدية {أن يبيع كل منهما حصته مما هو له بحصة مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر، أو نحو ذلك} بأن يجعلا ذلك شرطاً في ضمن عقد {في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن، هذا} ما يظهر من الأدلة.

{و} كيف كان، فـ {يكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل}، قال في القواعد: ويكفي قولهما اشتركنا، وهذا يؤيد ما سبق من عدم لزوم الإيجاب والقبول، وأن صح الإيجاب من أيهما والقبول من الآخر أيضاً.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: بأن يقول كل منهما اشتركنا، قال: وقد قربه في التذكرة، وقواه في جامع المقاصد، وقد يظهر من التحرير.

أقول: ويكفي أن يقول أحدهما: اشتركنا، فيقول الآخر: نعم، أو قبلت، واحتمله مفتاح الكرامة خلافاً لجامع المقاصد حيث أشكل في قبلت، ولا وجه ظاهر له.

(مسألة ٥): {يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين} فيما إذا عملا كلاهما بقدر متساو، كما لو اتخذ عاملاً عمل لهما، وذلك لأن الربح نتيجة المال والعمل كما تقدم، وفصلناه في كتاب الاقتصاد والمضاربة، فلا وجه لزيادة أحدهما على الآخر، وكذلك الخسارة تذهب منهما إذ لا أولوية بعد كون ذلك مقتضى العقد المبني على الطريقة العقلائية وهي التي أمضاها الشارع، حيث لم يزد ولم ينقص، بل صرحت بذلك جملة من الروايات:

مثل ما رواه هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشارك في السلعة، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»[١].

وفي رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، فنفقت الدابة، قال: «ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما»[٢].

ونحوها رواية الحلبي[٣].

وفي رواية الأبزاري، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن كان ربح فهو بينهما، وإن كان نقصان فعليهما»[٤].

إلى غيرها من الروايات.

{ومع زيادة} من أحدهما {فــ} لصاحب الزيادة {بنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً} فإذا كان لأحدهما الثلث كان له ثلث الربح والخسران، بينما للآخر الثلثان منهما

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧٤ الباب ١ من أبواب الشركة ح١.
(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة ح٢.
(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة ح٢.
(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٧٤ الباب ١ من أبواب أحكام الشركة ح٣.

سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير، هذا مع الإطلاق، ولو شرطا في العقد زيادة لأحدهما فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحته

وذلك لما عرفت من أنه مقتضى العقل والشرع.

ومما تقدم تعرف وجه النظر في قوله: {سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه} في العمل إذا كان منهما {أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير} وذلك لأن العمل له مدخلية في الربح فلا وجه لعدم اعتباره في الربح، فإذا كان العمل من أحدهما كان له بقدر ماله وعمله، وللآخر بقدر ماله، وإذا كان منهما مع الاختلاف كان لكل بقدر حصته عند العقلاء، فإذا كانا في المال متساويين وعمل أحدهما ضعف الآخر، وفرض أن الربح ينصف نصفه للمال ونصفه للعمل كان نصف الربح بينهما سواء، ونصفه الآخر لصاحب ضعف العمل ثلثاه، وللآخر ثلثه، فكان من الاثني عشر لصاحب الضعف سبعة وللآخر خمسة، وهكذا.

{هذا} سواء في ما ذكره المصنف أو ما ذكرناه {مع الإطلاق} لأنه الأسلوب العقلائي الذي بني عليه العقد حيث إنه يتبع القصد.

{ولو شرطا في العقد زيادة لأحدهما، فإن كان} قدر الزيادة المشروطة {للعامل منهما} في قبال العاطل {أو لمن عمله أزيد، فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم} وقد صرح بعدم الخلاف فيه جماعة منهم الجواهر {في صحته} وذلك

أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد، ففي صحة الشرط والعقد، وبطلانهما، وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الإطلاق، أقوال، أقواها الأول

لإطلاق كون المؤمنين عند شروطهم[1]، وليس الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد، وتوهم أنه مناف للروايات (بينهما) كما تقدم بعضها، مردود بأن المنصرف من الروايات صورة الإطلاق.

{أما لو شرط لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد} حكاه مفتاح الكرامة وغيره عن الانتصار والتذكرة والتحرير والمختلف والتبصرة، كما حكاه العلامة عن والده، وحكي عن مجمع البرهان والكفاية واختاره الجواهر.

{وبطلانهما} كما في الشرائع، وعن الخلاف والمبسوط والسرائر وشرح الإرشاد للفخر واللمعة والمفاتيح واختاره جامع المقاصد.

{وصحة العقد وبطلان الشرط} كما عن ظاهر الكافي والغنية والنافع وجامع الشرائع وأبي الصلاح وغيرهم.

{فيكون كصورة الإطلاق} حيث لا شرط، والتفصيل الذي ذكره القواعد قائلاً: ولو شرطا التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما، سواء شرطت الزيادة له أو للآخر، وقيل تبطل إلاّ أن يشترط الزيادة للعامل، انتهى.

{أقوال} أربعة {أقواها الأول} كما اختاره غالب المعلقين، منهم السيدان

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور.

وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد، وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى،

ابن العم والجمال، خلافاً لآخرين ومنهم السيد البروجردي قال: محل تأمل وإشكال.

{وكذا} الأقوى صحة العقد والشرط {لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد} من الآخر وإن تساوى المالان، أو كان من خسارته أقل حسب الشرط أقل مالاً، هذا أيضاً مختار غالب المعلقين، منهم السيدان المذكوران، وإن خالف السيد البروجردي فقال: الأقوى فيه البطلان.

{وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»}، وهذا الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة.

{ودعوى أنه مخالف لمقتضي العقد} لأن مقتضاها كون نسبة الربح والخسارة بنسبة المال والعمل ــ عندنا ــ أو بنسبة المال، عندهم حيث انهم يرون الربح وليد المال فقط {كما تري} إذ ذلك مقتضي إطلاق العقد لا مقتضي ذات العقد.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لقول المستمسك: إن مقتضى الشركة الاشتراك في الربح على حسب الشركة في الأصل، لكن هذا الاقتضاء ليس على نحو العلية بل على نحو الاقتضاء، وهذا المقدار كاف في بطلان الشرط على خلافه، لكونه حينئذ مخالفاً للكتاب المراد أنه مخالف للحكم الاقتضائي، هذا بالنسبة إلى النماء الخارجي، وأما بالنسبة إلى النماء الاعتباري أعني الربح فالإشكال فيه أظهر، انتهى.

نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه، والقول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل

إذ الإطلاق والاقتضاء شيء واحد، ومن الواضح أن كل شرط ــ إذا لم يكن تكراراً لمقتضى العقد ــ مخالف لإطلاق العقد، فإذا كان الاقتضاء معياراً لم يبق مكان للشرط، ثم أي فرق بين الخارجي والاعتباري، وعلى القائل أن يأتي بدليل الفرق.

{نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه} والمخالف لمقتضى الإطلاق لا إشكال فيه {والقول} الذي ذكره جامع المقاصد وجهاً للبطلان، لا من جهة أن الشرط مخالف للعقد {بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل} زائد {يكون في مقابلتها ليس تجارة} إذ الشركة ليست من التجارة في شيء إذ هي مقابلة مال بمال، نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ، لأن العمل مال فهو في معنى القراض.

{بل هو أكل بالباطل} ولذا بطل الشرط والعقد، فيشمله ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ﴾[1].

{كما ترى باطل} إذ أكل مال الغير بإذنه أو تمليكه بالشرط أو بدون الشرط

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

ليس من الأكل بالباطل، هذا بالإضافة إلى أنه لو سلم بطلان الشرط لم يكن وجه لبطلان العقد، إذ قد حقق في محله أن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

إن قلت: لا رضى بالعقد إلاّ بالشرط، فإن فسد الشرط لم يكون رضى، وبذلك يكون العقد بدون رضى وهو فاسد.

قلت: إن كان الشرط مصب العقد أو قيداً كان الأمر كذلك، ولكن إذا كان من باب تعدد المطلوب لم يكن وجه للبطلان، والغالب في الشرط ذلك، وقد ذكرنا بعض تفصيل الكلام في القيد والشرط والمصب في كتاب المضاربة، ولذا كان المشهور بين المتأخرين عدم سراية بطلان الشرط إلى العقد.

نعم لا يكون لمن فات شرطه الخيار، كما تحقق في بحث الخيارات.

ومما تقدم يظهر الجواب عن جعل بعض المعلقين الشرط مخالفاً للسنة، لأن تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعي مخالف لها، والشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع، انتهى.

فإن الشارع أمضى المعاملات والشروط العقلائية، إذا لم يصرح بخلافها، وحيث لا تصريح في المقام والأمر عقلائي لم يكن وجه للبطلان، فتملك شخص ربح مال غيره بجعل ذلك الغير ذلك برضاه في ضمن العقد لا يكون مخالفاً للسنة، وحيث كان الحكم مشروعاً لم يكن الشرط مشرعاً حتى يقال: الشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع.

كما ظهر مما تقدم وجه النظر في تعليق من يقول بأن الشرط مخالف لمقتضى العقد، لأنه يرجع إلى تفكيك لوازم الشركة عنها،

ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم لأنه في عقد جائز مدفوعة،
أولاً: بأنه مشترك الورود، إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته.
وثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد، فيسقط وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض في

إذ فيه: إن تلك اللوازم عند العقلاء من لوازم الإطلاق لا من لوازم الذات، حتى لا يمكن الانفكاك، والشرط يرفع مقتضى الإطلاق، كما في كل شرط.

{ودعوى} أن العقد والشرط وإن كانا صحيحين إلاّ {أن العمل بالشرط غير لازم، لأنه في عقد جائز} وقد تقدم أن الشرط إنما يلزم إذا كان في عققد لازم لا في عقد جائز، كما هو المشهور، وتقدم تفصيله في كتاب المضاربة.

{مدفوعة أولاً: بأنه مشترك الورود} على كل شرط كان في ضمن الشركة، سواء الشرط الذي هو محل الكلام من جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل في مقابلتها مثلاً، أو الشرط الذي يسلمه الطرف، مما بيّنه بقوله: {إذ لازمه} لازم الإشكال: (دعوى) {عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل} لمن جُعلت الزيادة له {أو زيادته} أي جُعلت الزيادة لمن له عمل زائد، وقد تقدم أنه لا خلاف في صحة الشرط في هذين الحالين.

{وثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد} فإن جواز العقد يعطي للطرفين جواز فسخه {فــ} إذا فسخ {سقط وجوب الوفاء بالشرط} لأنه إذا ذهب العقد ذهب الشرط.

{والمفروض} من محل كلامنا {في} شرط الزيادة لمن لا عمل له هو

{صورة عدم الفسخ} فيكون الشرط نافذاً ما دام لم يفسخ، {فما لم يفسخ يجب الوفاء به}.

أقول: قوله (غاية الأمر) ليس تسليماً لكلام (ودعوى)، إذ المدعي ادعى أن الشرط في العقد الجائز جائز، بل قوله (غاية الأمر) مبني على ما اختاره من أن الشرط لازم ولو كان في ضمن عقد جائز، فالحاصل في جواب (ودعوى):

أولاَ: إن الإشكال مشترك الورود.

وثانياً: لا نسلم أن الشرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء، بل هو لازم ما دام العقد باقياً، نعم للمشروط عليه أن يفسخ العقد فيسقط الشرط.

أما ما ذكره السيد الجمال من أن تضمن العقود الإذنية للشروط يوجب تقيد الإذن بها، وتكون لازمة من ذلك، فيرد عليه: إنه إن أراد جواز العقد فالشرط غير لازم، إذ بعد العقد لا حاجة إلى إذن الطرف، فإن العقد غاية حقق الإذن الذي لا ينتفي إلاّ بإبطال العقد، وإن أراد لزوم العقد غاية الأمر أنه يكون لكل منهما مطالبة القسمة الموجبة لانتفاء موضوعها ــ كما بينه معلق آخر ــ فهو رجوع إلى كلام المصنف بقوله (ثانياً) وليس شيئاً جديداً.

{و} إن قلت: إنكم إذا سلمتم حق الفسخ للشارط تمت (دعوى أن العمل بالشرط غير لازم) كما ادعاه المدعي، و لم يكن لكم جواب عليه.

قلت: كلا، إنا نسلم حق الفسخ للشارط ولا تتم الدعوى، إذ {ليس معنى

الفسخ حل العقد من الأول} حتى يكون العقد كأن لم يكن ولا يكون حينئذ أثر للشرط، كما ادعاه (ودعوى)، حيث إن (ودعوى) أراد إثبات أنه لا فائدة لهذا الشرط، وإنما لا تتم الدعوى لأنه لو فرض أنه وقع الفسخ بعد العقد لا يكون ذلك الفسخ موجباً لبطلان الشرط من أصله.

{بل من حينه} أي حين وقوع الفسخ، وحينئذ يترتب أثر الشرط بين العقد وبين الفسخ، مع أن (ودعوى) أراد أن يقول: لا أثر للشرط أصلاً.

ومما تقدم يظهر الإشكال في كلام المستمسك حيث قال: المعاوضة على مال الغير تقتضي دخول العوض في ملك مالك المعوض عنه، فالربح يجب أن يدخل في ملك مالك المال، فلا يصح اشتراط خلاف ذلك، لأنه إن صح الشرط بطلت المعاوضة، وإن صحت المعاوضة بطل الشرط، انتهى.

إذ فيه: إن عقد الشريك المشروط له الزيادة ولا عمل له أو ليس عمله أزيد، هو نوع عمل تكون الزيادة في قبال عمله هذا، فالربح الذي كان اللازم أن يدخل في ملك مالك المال أولاً وبالذات، دخل برضاه في ملك الذي لم يعمل، وإنما دخل لأنه عقد، وهذا عمل عقلائي في كثير من الأحيان، فإذا كان لكليهما مائة وكان الاشتراك يوجب حفظ مال من شرط له الأقل ــ لأن من شرط له الأزيد إذا كان شريكاً خاف الحاكمَ الجائر من مصادرة المال مثلا ــ أقدم العقلاء على إعطاء الشريك ثلاثة أرباع الربح عوض أن يكون له نصفه، والربع الزائد إنما كان له لأن الشريك القوي أوجب حفظ المال، ومثله له حق، إلى غير ذلك من أسباب إقدام العقلاء على أعطاء أحدهما أزيد.

فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين، هذا ولو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه خلاف مقتضاه

ومنه يعلم أن قول المستمسك: المراد من الشرط في المقام ليس ما يكون إنشاءً في ضمن إنشاء ، بل القيد المأخوذ في المعاملة، غير ظاهر الوجه، فإن ظاهر كلامهم إثباتاً ونفياً هو الإنشاء في ضمن الإنشاء.

كما أن قوله: إن وجه البطلان أنها معاملة على خلاف مقتضى المعاملة الواقعة على أصل المال فلا يمكن تصحيحهما معاً، لم يعرف وجهه، وذلك لما ذكرناه في جواب قوله السابق (إن صح الشرط بطلت المعاوضة) إلخ.

وكذلك قوله أخيراً: إن المعيار في الصحة والفساد كون اشتراط الزيادة لأحدهما بعد دخولها في ملك الشريك وقبله، فعلى الأول تصح، وعلى الثاني تبطل، محل منع، إذ ليس المعيار ذلك، بل المعيار الشرط الموجب لدخوله في ملك المشروط له ابتداءً، إلى غير ذلك من موارد النظر في كلامه، فراجعه.

وكيف كان {فـــ} إذا شرط الشرط المذكور {يجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين} أي حين وقوع الفسخ.

{هذا ولو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه} أي الشرط {خلاف مقتضاه} إذ الشركة تقتضي التشريك في الربح والخسارة متساوياً أو متفاوتاً، فعدم التشريك خلاف مقتضى العقد، وهذا هو الذي سكت عليه غالب المعلقين منهم السيدان البروجردي والجمال مما يستفاد منه بقوله.

لكن يرد عليه أن الشرط الفاسد لا يوجب بطلان العقد كما قرر في محله، فغاية الأمر بطلان الشرط، إلاّ أن يكون الشرط على نحو المصب أو القيد، كما ذكرناه في كتاب المضاربة تفصيلاً، وهنا إجمالاً.

نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً.

وفي تعليقة ابن العم: الظاهر الصحة، و لم يعلم هل أراد العقد فقط، أو مع الشرط.

ومقتضى القاعدة صحتهما، إذ مثل هذا الشرط عقلائي، والشركة لها أحكام منها الاشتراك في الربح والخسارة، وليس الاشتراك في الربح إلاّ الأهم من الأحكام لا المقوم، فهو مثل الجماع في النكاح إذا شرطت أو هو عدمه لم يبطل العقد، فإذا قيل للعرف: إن زيداً اشترك مع عمرو بشرط أن يكون كل الربح لزيد لم ير التنافي بين الأمرين، والمخالف للمقتضى ما يرى في العرف التنافي.

ومن ذلك تعرف وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال: لم يتضح وجه الفرق بين تمام الربح وبعضه، في كون شرط الأول مخالفاً لمقتضى العقد دون الثاني.

وقد عرفت أنه ليس هناك عقد وشرط، بل ليس إلاّ عقد فقط، غايته أنه مقيد بقيد ينافي صحة المعاملة الموجبة للربح، انتهى.

إذ فيه أولاً: الفرق واضح على مبناهم، إذ بعض الربح ليس مثل كل الربح عرفاً، لو سلم الإشكال في كل الربح.

وثانياً: لما ذا لا يكون عقد وشرط، وهل هذا العقد والشرط منفرد بين سائر العقود والشروط.

{نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً} إنا وإن نوافق المصنف في عدم منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد

لكنك قد عرفت عدم منافاة شرط تمام الربح أيضاً.

ومنه يعلم وجه سكوت ابن العم على الماتن كآخرين، خلافاً للسيدين البروجردي والجمال، حيث قال الأول: الظاهر بطلانه، وأشكل الثاني في الصحة.

أما قول المستمسك: إن مقتضى المعاملات الواقعة على المال رجوع النقص على المالك عملاً بالعوضية، كرجوع الزيادة إليه عملاً بالعوضية، فرجوع الخسران إلى غير المالك خلاف مقتضى المعاوضة الذي لا يمكن أن يختلف.

ففيه: إن ذلك خلاف إطلاق المعاوضة لا خلاف ذاتها، كما تقدم مثله في الربح، فلا حاجة إلى جعل اشتراط لزوم تدارك الخسارة من أحدهما جعل الشرط السابق إعطاء الرابح ربحه لمن شرط له كل الربح.

(مسألة ٦): إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما، فهو المتبع ولا يجوز التعدي، وإن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلاّ بإذن الآخر، ومع الإذن بعد العقد

(مسألة ٦): {إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما} فقط {أو منهما مع استقلال كل منهما} بحيث يعمل وحده {أو مع انضمامها} فكلاهما يعملان، لا أن يعمل كل واحد على انفراده، {فهو المتبع} لأنه مقتضى «المؤمنون عند شروطهم»، {ولا يجوز التعدي}.

ولم يذكر بقية الأقسام لوضوحها، كاشتراط عمل الأجنبي فقط، أو مع أحدهما أو معهما، وإذا كان الشرط عملهما فقد يكون الشرط حق استقلال أحدهما دون الآخر، إلى غير ذلك من الوجوه.

ثم إن الشرط المذكور إن كان في العقد كان لازماً فيما إذا كان عقد الشركة لازماً، أما إذا كان في عقد الشركة غير اللازم أو في التشريك بالمزج ونحوه لم يكن لازماً.

أما الأول: فلما تقدم في بعض المسائل السابقة.

وأما الثاني: فلأنه لا عقد فيكون الشرط كالابتدائي غير لازم الوفاء به.

{وإن أطلقا} فإن كان انصراف أراده عمل به، وإلا {لم يجز لواحد منهما التصرف إلاّ بإذن الآخر} كما هو مقتضي كون المال مشتركاً، إذ لا يحق لأحد أن يتصرف في مال غيره إلاّ بإذنه.

{ومع الإذن بعد العقد} لا يلزم على الآذن أن يبقي على إذنه فيحق له أن

أو الاشتراط فيه فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه، وكذا مع تعيين كيفية خاصة، وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية، ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة فلا يجوز البيع بالنسيئة بل ولا الشراء

يرجع عنه إلاّ إذا جعل الإذن شرطاً في ضمن عقد لازم، فإن رجوعه لا ينفع، لأن الشرط يوجب الوضع كما ذكرناه في بابه.

{أو الاشتراط فيه فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجارة} زماناً أو مكاناً أو بضاعةً أو سائر المزايا {لم يجز التعدي عنه} لما تقدم من أنه تصرف في ملك الغير بدون الإذن.

{وكذا مع تعيين كيفية خاصة} مثل النقد والنسيئة وبيع الثمار والصرف وغير ذلك.

{وإن كان مطلقاً} له إنصراف إلى المتعارف مع إرادة ذلك {فاللازم الاقتصار على المتعارف} لأن العقود تتبع القصود، أما إذا كان مطلقاً ولم يكن إنصراف جاز الإطلاق {من حيث النوع والكيفية} وغير ذلك كالزمان والمكان وغيرهما.

{ويكون حال المأذون} في المقام {حال العامل في المضاربة} والمزارعة والمساقاة ونحوها، لأن الكل من باب واحد.

أما قوله: {فلا يجوز البيع بالنسيئة، بل ولا الشراء بها} فقد تقدم في باب

بها، ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف، ولكن يبقى الإذن بعد التعدي أيضاً، إذ لا ينافي الضمان بقاءه، والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة.

المضاربة أن المتعارف عدم الانصراف عنها، بل المتعارف معاملة النسيئة والسلف في حدود خاصة.

ومنه يظهر الإشكال في قوله: {ولا يجوز السفر بالمال} كما تقدم الكلام في ذلك أيضاً في المضاربة.

{وإن تعدى عما عين له} فيما كان هناك تعيين {أو عن المتعارف} الذي كان منصرفاً وأراداه {ضمن الخسارة والتلف} لإطلاان أدلة الضمان شامل للمقام.

{ولكن يبقى الإذن بعد التعدي أيضاً} إذا لم يكن مقيداً بعدم التخلف، وإلا لم يبق الإذن أيضاً.

هذا ثم إنه ينبغي التفصيل في مسألة ضمان الخسارة والتلف، لأنه إن أجاز الشريك المعاملة لم يكن وجه لضمان الخسارة، بل يكون حالها حال ما إذا كان الإذن من الأول حيث لا ضمان، وإن لم يجز بطلت المعاملة بالنسبة إلى حصة الشريك، وعليه رجع إلى الشريك بعض ماله أو بدله، فعلى أي التقديرين لا رجوع بالخسارة إلى العامل، نعم في مسألة التلف يكون الشريك ضامناً، وما ذكرناه هو ماذكره جملة من المعلقين.

وإنما قلنا ببقاء الإذن {إذ لا ينافي الضمان بقاءه} كما يمكن أن لا يكون ضمان مع سحب الإذن، فإن بينهما عموماً من وجه.

{والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة} الظاهر أنه لا مجال للاحتياط

وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة.

لأن الأمر متوقف على قصد الشريك، حيث العقود تتبع القصود، فإن كان قصده المصلحة لزم اتباعها، وإن كان قصده عدم المفسدة كفى ذلك، ولو شك لم يجر أصل الإطلاق، إذ الشك في إجازة الغير مجرى أصل العدم.

ومنه يعلم الإشكال في قوله: {وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة} كما أن تقوية الجواهر كفاية عدم المفسدة ــــ وكانه للأصل ــــ غير ظاهر الوجه.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: الإذن بالتجارة يقتضي الاختصاص بما فيه الفائدة، فلا إطلاق له يشمل رفع المفسدة، بل قد ذكرنا في كتاب المضاربة أن اللازم ملاحظة المتعارف المنصرف إليه الإطلاق المقصود للطرف، وقد يكون في تقبل الخسارة حيث اللازم حفظ العملاء وما أشبه.

ولعل المصنف أراد بالمصلحة الأعم من ذلك، لا ما يتبادر إليه اللفظ من الربح.

ثم إنه إن كان المنصرف المصلحة لزم ملاحظة المصلحة الأهم إذا كانت هناك مصلحتان، إذ الانصراف جار هنا أيضاً، فإذا كان هناك رجحان أحدهما أكثر لزم تطلب ذلك.

ومنه يعرف، إذا كان فسادان أحدهما أقل وكان مأذوناً في التجارة معه لتحري الصلاح المستقبلي أو ما أشبه، كما تقدم من مثال حفظ العملاء ولو بالخسارة، تحرى أقلهما مفسدة.

(مسألة ٧): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى.

(مسألة ٧): {العامل} سواء كان أحدهما أو كلاهما أو أجنبياً {أمين} بلا إشكال ولا خلاف، ذكر ذلك المحقق والعلامة وشراحهما.

{فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى} لا إشكال ولا خلاف في ذلك أيضاً.

وفي المستمسك: الحكم عندهم من المسلّمات الواضحات.

وهو كذلك لما دل من النصوص على عدم ضمان الأمين وهي كثيرة، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب المضاربة، وستأتي بعض فروع المسألة.

(مسألة ٨): {عقد الشركة من العقود الجائزة}، قال في القواعد: ويجوز الرجوع في الإذن، والمطالبة بالقسمة.

قال في مفتاح الكرامة: كما في الشرائع والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، وهو معنى ما في المقنعة والكافي والمبسوط والنافع وجامع الشرائع والتذكرة واللمعة والروضة، وقد طفحت عباراتهم أنها عقد جائز لأنها في المعنى توكيل وتوكل فيصح العزل والرجوع. وحكي عن الغنية والتذكرة الإجماع عليه.

أقول: الشركة إذا كانت قهرية كالإرث، أو اختيارية مثل المزج، فأجاز أحدهما للآخر التصرف في المال المشترك لم يكن إشكال وخلاف، بل الإجماع القطعي على أنه يتمكن من نقض إذنه وذلك مقتضى تسلط الناس على أموالهم.

أما إذا كانت الشركة عقدية فمقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لزومها، إلاّ أن الإجماع قام على أن لكل واحد منهما حق الفسخ، وكفى به دليلاً بعد أن لم يخالف أحد، ويمكن أن يؤيده السيرة المستمرة القطعية في فسخ الشركاء الشركة العقدية متى شاؤوا.

اللهم إلاّ أن يقال: السيرة فيما إذا لم تكن الشركة محددة، أما إذا كانت محددة بسنة مثلاً فالسيرة بعكس ذلك، حيث لا يرون حق الفسخ لأحدهما.

{فيجوز لكل من الشريكين فسخه} أي فسخ العقد بخلاف ما إذا سحب

لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة

الآذن إذنه في التصرف في الشركة الإرثية والامتزاجية ونحوهما، فإن ذلك ليس فسخاً، كما هو واضح، إذ ليس هناك عقد، بل حاله حال ما إذا أذن له في التصرف في ملكه ثم رجع عن إذنه، فلا يسمى ذلك فسخاً، إلاّ بالمعني اللغوي.

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر في قول المصنف: {لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول} حين العقد حتى يكون العقد كأن لم يكن {أو من حينه} وقت الفسخ {بحيث تبطل الشركة}.

وجه النظر: إن الفسخ وإن لم يكن من الأول إلاّ أنه من حين الفسخ، فإنه إذا عقد الشركة كان حال العقد حال سائر العقود ينفسخ بالفسخ.

اما ما يبقى من الشركة وهو المال الممتزج ـــ لفرض أنهما مزجا مالهما قبل العقد أو بعد العقد ـــ فهو غير مربوط بالعقد، وإنما العقد الذي هو محل الكلام فقد زال بالفسخ، وزواله من حين الفسخ لا من حين العقد، وإذا انفسخ العقد وبقي ما له يرتبط بالعقد أي المال الممتزج، يرجع كل حق إلى صاحبه ويكون التخلص بالقسمة على نحو ما يتخلص من الإرث المشترك والمال الذي امتزج قهراً، ولا ربط لذلك بالعقد.

ومنه يعلم الإشكال في قوله: {إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة}، إذ العقد قد ارتفع بالفسخ، قُسّم المال الممتزج أو لم يقسم، فلا معنى لبقاء عقد الشركة.

بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبة القسمة

ومنه يظهر وجه النظر في قوله: {بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبة القسمة}.

وتصحيح السيد الجمال لكلام المصنف، حيث قال: لما كان موجب الشركة في المالين هو امتزاجهما دون عقد الشركة، فكل منهما أجنبي عن الآخر، وليس لجواز العقد أثر فيها، ولا لعدم ارتفاعهما بغير القسمة أثر في لزومه، وحيث إنه لا ينشأ بعقدها سوى الإذن في التصرف وما يتبعه فلا يؤثر فسخه سوى ارتفاع هذا الإذن دون نفس الشركة، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ كلام المصنف في الشركة التي هي من العقود الجائزة، كما في أول المسألة، فاي معنى لقول المطلق (دون عقد الشركة).

ولذا قال في المستمسك: (إذا كان المراد الشركة التجارية، فإن كانت من العقود فلا مانع من أن تكون جائزة ويجوز فسخها وإن بقيت الشركة في المال بحالها)، انتهى.

أما تشبيه المصنف الفسخ بعزل الوكيل أو مطالبة القسمة، فيرد عليه أن عزل الوكيل ليس فسخاً للوكالة، وإن كان ملازماً للفسخ، فهو من قبيل نفي الموضوع، بخلاف الفسخ الذي هو من قبيل نفي المحمول، كما أن طلاق المرأة وعتق العبد وهبة الشريك ماله لشريكه في الشركة العقدية، ليس فسخاً لنكاحها، وفسخاً لشراء العبد، وفسخاً للشركة، ومطالبة القسمة ليست فسخاً للشركة، لا لما ذكره المستمسك من استدلاله لعدم كونه فسخاً بـــ (لذا تصح القسمة في الموارد التي لا يكون التشريك إنشائياً كالإرث).

وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجز التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول

إذ يرد عليه أنه أي مانع من كون المطالبة لازم أعم، حسب اختلاف الموضوع عقداً أو أرثاً مثلاً، بل لما يراه العرف من أن للفسخ مفهوماً غير مفهوم مطالبة القسمة، والظاهر أن مطالبة الفسخ لا توجب الفسخ، بل يتحقق الفسخ من حينه لا من حين مطالبته.

وكيف كان، فقد تكون شركة غير عقدية ويأذن أحدهما الآخر في التصرف وقد لا يأذن، وقد تكون شركة عقدية ثم يأذن أحدهما الآخر أو لا يأذن. وإذا أذن في الشركة العقدية فقد يحسب أحدهما إذنه مع بقاء الشركة، وقد يبطل الشركة مع بقاء إذنه في التصرف، فبين الإذن والشركة عموم من وجه.

{وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر} فيما أذن كل منهما للآخر، سواء كان الإذن مطلقاً أو مقيداً، وسواء كان الرجوع في المطلق كلياً أو في الجملة {فيما لو كان كل منهما مأذوناً} لا يخفى أن هذا القيد توضيحي، {لم يجز التصرف للآخر} لأن العقد إذا كانت شركة عقدية لا توجب التصرف كما تقدم.

{ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول} حيث لم يرجع الآخر عن إذنه له، وكذلك الحال في الشركة غير العقدية إذا أذنا ثم رجع أحدهما عن إذنه.

نعم إذا كان الإذن من طرف في قبال إذن الآخر بنحو المعاوضة في الإذن

سواءِ في عقد الشركة أو غير العقد، فإذا سحب أحدهما إذنه سقط إذن الآخر تلقائياً.

ومنه يظهر أنه لا وجه لتخصيص المستمسك الإذن المتقابل بالشركة العقدية.

ومنه يعلم أن الإذن منهما لو كان تابعاً للعقد، كان فسخ العقد رافعاً للإذن من الطرفين، أما إذا كان مستقلاً لم يكن سحب أحدهما الإذن موجباً لسحب الآخر، ولعل التذكرة أراد ذلك حيث فرق بين قول أحدهما: فسخت العقد، وبين قوله: عزلتك، لأن وقوع العزل عن أحدهما لا يقتضي العزل من الآخر، كما في الجواهر، فإشكال المستمسك على التذكرة غير ظاهر.

{وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما} التصرف، لأن العقد والشركة غير العقدية لا يقتضي جواز التصرف.

{وبمطالبة} أحدهما {القسمة يجب القبول على الآخر} لأن امتياز ماله قسم من السلطة فيثبته «الناس مسلطون»، وإن لم يكن تصرفه في غير المقسوم أقل من تصرفه في المقسوم، مثلاً اشتريا بمالهما عبدين وفرا، مما لم يمكن التصرف في العبدين إلاّ بالعتق ونحوه مما ليس للقسمة وعدمها أي أثر في الممكن من التصرف، فاحتمال أن وجه وجوب القبول على الآخر أن الشركة مانعة عن التصرف وذلك ينافي دليل السلطنة غير ظاهر.

وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصان في الخسارة، يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

نعم يبقى الكلام فيما لو كانت القسمة ضرراً على الآخر بدون أن يكون عدم القسمة ضرراً على طالب القسمة، فهل يجب تحمل المطلوب الضرر أم لا، الظاهر العدم، لإطلاق دليل «لا ضرر» الحاكم على دليل السلطنة.

{وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح} حيث تقدم جواز ذلك {أو نقصان في الخسارة} كما إذا كان الشرط تحمل أحدهما ثلث الخسارة والآخر ثلثيه {يمكن الفسخ بمعني إبطال هذا القرار} ويبقى أصل العقد إذا كان على نحو الشرط، لا ما إذا كان على نحو المصب (الجزء) أو القيد، وقد سبق الفرق بين الثلاثة، وإلا لم يبق العقد، بل كان اللازم عقداً جديداً.

وإذا بطل الشرط فقط كان {بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين} والعملين في الربح، لما تقدم من أن الربح تابع للمال والعمل {على ما هو مقتضى إطلاق الشركة}، وكذا الحال إذا بطل العقد وعملا كان لكل منهما من الربح حسب ماله وعمله، وليس المقام كالمضاربة، حيث قالوا هناك بأن الأجرة للعامل بعد بطلان المضاربة.

(مسألة ٩): {لو ذكرا في عقد الشركة أجلاً لا يلزم} كما ذكره المحقق والعلامة وغالب من ذكر المسألة بعدهما.

{فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه} لأن الشركة من العقود الجائزة فالشرط فيها غير لازم الوفاء، وإذا رجع أحدهما سقط الشرط، لأنه قائم بهما، فإذا فقد أحد الطرفين سقط.

وإشكال المستمسك فيه: بأنه لم يثبت أن الشركة التجارية من العقود فضلاً عن أن يكون جائزة، ولو سلم فلا مانع من صحة شرط اللزوم وعدم الفسخ إلى أجل في العقود الجائزة، غير ظاهر، إذ قد تقدم أن الشركة عقد، كما قد تكون بالامتزاج ونحوه، وتقدم في كتاب المضاربة أن الشرط في العقد الجائز جائز، نعم يرد على المصنف أنه لم يلتزم بذلك خلافاً للمشهور.

ثم إن احتمال أن يكون جواز عقد الشركة من ذاتها، فالشرط فيها خلاف مقتضاها، أو أن الشرط مخالف للكتاب والسنة، في غاية البعد، لأن عدم اللزوم مقتضى الإطلاق ولا شيء في الكتاب والسنة يجعل ذات الشركة لازمة.

ثم إذا رجع أحدهما فقد يكون إبطالاً للعقد، وقد يكون إبطالاً للشرط، فإن كان الأول لم يصح أن يرجع عن رجوعه، لأن العقد إذا بطل لا ينعقد إلاّ بعقد جديد، وإن كان إبطالاً للشرط و لم يبطل العقد صح لهما البقاء إلى

الأجل المذكور، وكانت آثار الشركة باقية إلى ذلك الوقت المضروب أجلاً.

{إلاّ أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً} لأدلة الوفاء بالشرط، وحيث تقدم ذلك في المضاربة لم يكن داع إلى تكرار الكلام فيه.

ومنه يظهر وجه النظر في إشكال السيدين ابن العم والبروجردي في لزوم الشرط حينئذ.

ثم إن معنى اللزوم الوضع، كما ذكروا في باب الشرط، فإذا خالف ورجع لم يؤثر أثره، خلافاً لبعض المعلقين حيث قال: يؤثر أثره.

ومن الواضح أنه لو كان وضعياً بحيث لا يؤثر الرجوع كان ترتيب أثر الرجوع خلاف الشرع، فيكون تكليفاً يتبع الوضع.

هذا مع الغض عما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أنه ليس هناك تكليف ووضع، إنما تكليف صرف، إذ ليس للشارع حكمان، وسوق الكلام في المقام على رأيه أيضاً واضح.

(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البينة.

(مسألة ١٠): {لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ} بعد أن كان مجازاً في العقد أو بعده في التصرف {فأنكر} فإن كان للمدعي البينة فهو، وإلا {عليه الحلف مع عدم البينة} لأنه أمين، وليس عليه إلاّ اليمين[1]، كما تطابقت بذلك النص والفتوى.

ولو ظهر تعديه أو تفريطه، إلاّ أنهما اختلفا في الزيادة والنقصية، كان عليه الحلف في عدم الزيادة التي يدعيها الشريك الآخر.

ولو اختلفا في قدر الإذن، كان القول قول المنكر للزيادة، لأصالة العدم.

ولو تجاوز المحدود ضمن بلا إشكال ولا خلاف، كما عن النهاية والمبسوط والكافي والغنية والوسيلة والسرائر والفاضلين والشهيدين وغيرهم، وعن ابن زهرة دعوى الإجماع عليه.

ولو تناقضا بأن قال المسافر: أذنت لي في السفر إلى الشمال، وقال الشريك الآخر: بل إلى الجنوب، لزم على المدعي البينة، لأنه لم يثبت أنه أمين في هذه الجهة، نعم لو كان أميناً لم يبعد قبول قوله.

(١) المستدرك: ج٣ ص٤٩٩ الباب ٥ من أبواب الصلح.

(مسألة ١١): {اذا ادعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لأنه أمين}، وليس على الأمين إلاّ اليمين، ولا فرق بين أن يدعي أنه تلف بسبب ظاهر كالحرق، أو غير ظاهر كالسرقة، كما نص عليه المحقق والعلامة وغيرهما.

نعم لو ادعى أنه كان في داره واحترق باحتراق الدار مثلاً، وشهدت الشهود أنه لم تحترق داره كان الضمان عليه، لأن شهود النفي بمنزلة العلم، ويمين الأمين إنما هو في صورة عدم العلم والعلمي كما هو واضح، ولذا لا يمين له في صورة بينة الطرف.

أما إذا ظهر بطلان قوله إنه ظن لو صدق بأنه سرق منه لم يقبل، فهل يقبل قوله الثاني لإطلاق دليل ليس عليه إلاّ اليمين، أو لا، لانصراف الدليل إلى ما لم يظهر كذبه، احتمالان، لا يبعد الانصراف، وإن كان صدقه في كلامه الثاني محتملاً واقعاً، إذ الاحتمال لا يوجب رفع اليد عن أدلة البينة على المدعي.

وفروع المسألة كثيرة، نكلها إلى موضعها.

(مسألة ١٢): {تبطل الشركة بالموت}، نقله مفتاح الكرامة عن المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والكافي والغنية والنافع وجملة من الكتب الآتية، وعن الغنية الإجماع عليه.

واستدلوا له بانتقال المال إلى الوارث فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

أقول: لولا الإجماع الذي لم يظهر من أحد خلافه لكان الإشكال في الدليل المذكور واضحاً، إذ انتقال المال إلى الوارث لا يلازم الإبطال، ولذا لا تبطل الإجارة بالموت، والفرق بأن الشركة عقد جائز دون الإجارة غير فارق، إذ البطلان في العقد الجائز يحتاج إلى الدليل، ولو شك فالأصل بقاء الشركة.

{والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه}، قال في مفتاح الكرامة: قد صرح بانفساخها بالموت وبالجنون الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية، وزيد في التذكرة انفساخها بالإغماء والحجر والسفه، وزيد في التحرير وجامع المقاصد والمسالك على الثلاثة المذكورة انفساخها بالفلس.

أقول: مجرد هذه الفتاوى لا توجب الحكم، وإنما المهم ما استدلوا به لذلك، وهو أن الشركة توكيل والوكالة يجب أن تكون من الأهل، وهؤلاء ليسوا أهلاً.

وأضافوا في الفلس بأن الأموال تحت سلطان الحاكم الشرعي فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

وفي كلا الدليلين نظر، إذ العقد ليس توكيلاً،

بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركة فهي باقية

والأموال غير الجاري عليها العقد تحت ولاية الحاكم الشرعي، والأصل بقاء العقد لو شك في بقائه عند عروض هذه الأمور.

وقد أشكل في المستمسك في ما عدا الموت والجنون لو لا ظهور الإجماع، وقال: وكما أن الإذن لا تبطل بالنوم لا تبطل عرفاً بالإغماءِ والجنون والسفه، وإذا شك فالاستصحاب كاف في ترتيب الأحكام.

أقول: والمراد به عرفاً أنه حقيقة عرفية أمضاها الشارع، بل قد عرفت أنها عقد لا مجرد إذن، فهو مثل عقد الإجارة ونحوها، وقد تقدم إشكالنا على بطلان المضاربة.

ومنه تعلم أن قوله: {بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركة فهي باقية} منظور فيه، إذ الشركة العقدية باقية كما ذكرنا، والإذن باق عرفاً، بالإضافة إلى أنه من توابع العقد كالإذن في التصرف في العين المستأجرة.

ومنه يعلم أن قول المستمسك تبعاً لغيره بأن حدوث هذه الطوارئ لا يوجب إفراز الحقوق ولا تعيين الحصة المشاعة، فالشركة المحكومة بطلانها بالأمور المذكورة هي الشركة في الاتجار بالمال والعمل به بمعنى عدم جواز التصرف فيه محل نظر، إذ ليس الكلام في هذا، بل في بطلان العقد، وإلا فلا ينبغي احتمال أن بالمذكورات يحدث الإفراز وتعيين الحصة المشاعة.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامة وغيره إن المراد بالانفساخ ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف أيضاً محل نظر.

نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله، أو نقصان الخسارة كذلك إذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة

{نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله} بل يرجع حق كل إلى القدر الطبيعي من نسبة الربح إلى المال، و لم نذكر (العمل) لأنه لا عمل عندهم هنا.

{أو نقصان الخسارة كذلك} لأنه قد سبق في بعض المسائل السابقة أن الخسارة تابعة للمال، فإذا بطل الشرط رجع أمر الخسارة إلى حالتها العادية، لكن ربما يقال: إنه إذا دخل أحد الشريكين على أن لا يكون عليه خسارة فهو مغرور من قبل الشريك الآخر، و«المغرور يرجع إلى من غر»[1]، وإن صار الغار مجنوناً أو ما أشبه، كما إذا قدم طعام غيره إليه باعتبار أنه من نفسه، وبعد ذلك جن الغار، كان غرره في ماله، ويؤيده قاعدة (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

{وإذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله} قبل تبين البطلان {محكومة بالصحة} فيما إذا كان للشريك حق الإذن، إذ الصحة مبينة على الإذن فإذا لم يصح الإذن لم تكن صحة.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح٢.

ويكون الربح على نسبة المالين لكفاية الإذن المفروض حصوله، نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً، ولكل منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما

{ويكون الربح على نسبة المالين} والعملين إذا عمل كل منهما، لما ذكرناه مكرراً من أن الربح تابع لكليهما لا للمال فقط {لكفاية الإذن المفروض حصوله}.

أما قول المستمسك: إن الشركة العقدية نفس الإذن بالتصرف، فقد تقدم سابقاً الإشكال فيه.

ولا يخفى نوع تدافع في كلام المصنف، إذ لو أن ضمير (قبله) كان عائداً إلى (التبين) كما فسرناه مما لازمه البطلان قبل التبين، لم يكن إذن فإنه إذا مات أو جن ــ كما هو موضوع كلام المصنف (رحمه الله) ــ لم يكن إذن، فقوله: (لكفاية الإذن) لا يناسب (قبله)، وإن كان ضمير (قبله) عائداً إلى (البطلان) لم يكن وجه لقوله: (للكفاية)، إذ قبل البطلان العقد باق، فالمعاملات صحيحة للعقد لا للإذن المجرد عن العقد.

{نعم لو كان} الإذن {مقيداً بالصحة} فلا إذن من الشريك لو لم يكن العقد صحيحاً {تكون} تلك المعاملات الواقعة بعد بطلان العقد {كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً}، الظاهر عدم الحاجة إلى هذا القيد، لأن الشريك الذي أجرى المعاملة لا يكون الأمر بالنسبة إليه فضولياً، وإنما تكون بالنسبة إلى الطرف الآخر، وكأنه قيد توضيحي.

{و} حيث ارتفع العقد وكان العمل بالإذن، أو فضولياً بإجازة متأخرة كان {لكل منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما} فيما

وإن كان من أحدهما فله أجرة مثل عمله.

إذا كان للآخر ربح بقدر الأجرة أو أكثر منها، أما إذا لم يكن ربح أصلاً، أو كان أقل من أجرة العمل ففي صورة الإذن لا شيء للعامل إذ لا ربح، لأنه دخل على ذلك، فالعامل هو الذي أهدر عمله، لقاعدة ما لا يضمن، وإذا كان ربح أقل من الأجرة كان له ذلك الأقل، لأنه دخل على ذلك، فمن أين يكون للعامل أكثر من الربح، وفي صورة الإجازة يرجع استحقاق العامل للأجرة إلى قصد المجيز، بعد لزوم عدم قصد العامل التبرع، إذ لو قصد العامل التبرع بعمله لم يكن له شيء.

أما إذا لم يقصد، فإذا أجاز المالك المعاملة بقصد إعطاء الأجرة كان عليه الإعطاء، وإلا فإن عد ذلك حقاً عرفاً كان له بمقتضى: «لا يتوى حق امرئ مسلم» ونحوه، كما هو كذلك في كل فضولي، فإذا باع زيد دار عمرو فضولة فأجازه المالك إن عد ذلك حقاً له، لأنه عمل استوفاه المجيز، سواء ربح في الدار أم لا، كانت عليه الأجرة، وإلا لم يكن عليه شيء، لأن البيع لم يكن بإجازته، ولا دليل على أن الإجازة بعد ذلك توجب عليه حقاً.

ومنه يعلم الكلام في قوله: {وإن كان} العمل {من أحدهما فله أجرة مثل عمله} لاطراد الكلام في عملهما إلى عمله أيضاً.

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً وادعى أنه اشتراه لنفسه، وادعى الآخر أنه اشتراه بالشركة، فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين، لأنه أعرف بنيته، كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر إنه اشتراه لنفسه، فإنه يقدم قوله أيضاً لأنه أعرف، ولأنه أمين.

(مسألة ١٣): {إذا اشترى أحدهما} أحد الشريكين في الشركة العقدية، أو كان كل منهما مأذوناً من الآخر في التصرف في المال الشترك بالمزج أو الإرث أو ما أشبه {متاعاً، وادعى أنه اشتراه لنفسه، وادعى الآخرأنه اشتراه بالشركة} بأن كان الاختلاف في أنه قصد أي الأمرين {فمع عدم البينة} للآخر {القول قوله} قول المشتري {مع اليمين} لأنه منكر، وكان مقتضى القاعدة أن يعطف قوله: {لأنه أعرف بينته} بالواو لأنه دليل آخر، ولاحاجة لأحد الدليلين إلى الآخر.

وكيف كان، فقد ذكرنا في كتاب المضاربة وجه الاستدلال بقاعدة (أعرف بنيته) وأنها قاعدة عقلائية أمضاها الشارع حتى فيما إذا كان مقتضى القاعدة الأولية، لأن يكون عليه البينة لكونه مدعياً، فإذا جرت القاعدة يكون القول قوله بدون البينة.

{كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة، وقال الآخر: إنه اشتراه لنفسه}، وكذلك إذا قال: إنه اشتراه لموكّله، وقال الآخر: بل اشتريته للشركة، أو عكس ذلك، فإن القول قوله لا قول الطرف الآخر.

{فإنه يقدم قوله أيضاً لأنه أعرف} إشارة إلى قاعدة (ما لا يعرف إلاّ من قبله).

{ولأنه أمين} و«ليس على الأمين إلاّ اليمين»[1]، كما جاء به الفتوى المستفادة

(١) انظر المستدرك: ج٣ ص٤٩٩ الباب ٥ من الصلح.

من النصوص، وإشكال المستمسك في كلية سماع قول الأمين غير ظاهر الوجه، ولذا لم أجد حتى معلقاً واحداً من الذين ظفرت بتعليقاتهم على كثرتهم أشكل على المصنف.

ثم إن المصنف (رحمه الله) لم يذكر جملة من المسائل المذكورة في كتب الفاضلين والشهيدين وشروحها، ونحن نذكر بعضها، والله المستعان.

(مسألة ١): لو باعا بثمن واحد، أو عملاً بأجرة واحدة، أو ظفرا بما جعل له معاً أو ما أشبه ذلك، فأعطى الطرف لكل منهما قدر حقه فلا شركة، إذ له ذلك، فإذا أعطى أحدهما قدر حقه و لم يعط الآخر لم يكن الآخر مشتركاً مع الأول فيما أعطى، وإن أعطى أحدهما قدر حقه وأكثر للآخر بدون تميز صارا فيه مشتركاً حسب الحصة.

مثلاً كانت أجرتهما عشرة، فأعطاه ستة، خمسة له وواحداً لشريكه، صار شريكاً له بالسدس على نحو الكسر المشاع، لا الكلي في المعين، لأن الشركة تقتضي الكسر المشاع، إذ لا أولوية لأن يكون التلف من أحدهما من آثار الفرق بين الكسر والكلي.

وهل للمالك أن يقول: واحد لشريكك على نحو الكلي في المعين، احتمالان، لا يبعد ذلك، لما عرفت من أن التعيين بيده، فإذا قبل الآخر تم، إذ الحق لا يعدوهما.

نعم يحتاج الأمر إما إلى قبول الشريك الآخر إذا لم يكن الآخذ وكيلاً أو مأذوناً عنه في التصرفات التي منها ذلك، فإذا قبل الثلاثة بذلك فتلف لم يذهب من كيس الشريك، إلاّ إذا تلف أكثر من الخمسة، حيث الزائد من كيس الشريك.

أما إذا أعطى كل المال لهما أولأحدهما فيما كان مأذوناً من الطرف فهذا المال يصبح مشتركاً بينهما.

قال في القواعد: لو باعا بثمن واحد أو عملا باجرة واحدة تثبت الشركة، سواء تساوت القيمتان، أو اختلفتا، ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة.

أقول: قد صرح بثوبتها فيما إذا عملا بأجرة واحدة الشرائع والمسالك.

ولا يخفى أن وجه الشركة ما تقدم من تعلق حقهما بهذا المال ولا امتياز، فلا يمكن غير الشركة فإنها أمر عقلائي قرره الشارع، إذ لم يردع عنه، كما أن وجه النسبة ما ذكره مفتاح الكرامة من لزوم إعطاء كل ذي حق حقه، وكان الأولى أن يعلله بأن حق كل منهما في هذا المال لا أزيد من حقه، إذ الإعطاء فرع الثبوت، فالتعليل بالعطاء مما لا ينبغي.

وطريقة النسبة واضحة، بأن ينسب قيمة مال أحدهما أو عمله إلى مجموع القيمتين وتؤخذ بتلك النسبة من الثمن والأجرة، ويضاف على ذلك ما زاد لأجل الجمع إذا كان الجمع يوجب الزيادة، سواء تساوت الزيادة أو اختلفت.

مثلاً صنع كل واحد من النجارين مصرع باب وباعاهما بعشرة، بينما قيمة ما صنعه ثلاثة فقط، فإنه يعطى خمسة لزيادة الاثنين بسبب الاجتماع.

ومثال عدم التساوي ما إذا صنع أحدهما القفل، والآخر المفتاح، فأضاف الاجتماع على ثلاثة القفل واحداً، وعلى واحد المفتاح اثنين مثلاً، حيث يعطى الأول أربعة والثاني ثلاثة فيما إذا اشتراهما المشتري سبعة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وكذلك في الأجرة، فإذا كان بناء نصف الدار الأسفل بمائة ونصفها الأعلى بخمسين، وإذا بناها كاملة بمائتين وعشرة، بحيث ثلثا الستون الزائد للاول، وثلثه للثاني، فأخذها بمائتين وعشرة، وعمل الأول ثم الثاني، كان للأول مائة وأربعون، وللثاني سبعون، بينما إذا استأجر الأول أعطاه مائة وبعده استأجر الثاني يعطيه خمسين.

قال في التذكرة: إذا اشترك الصانعان فيما لا مثل له كالثياب، وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة، وكان المال بينهما، فإن علمت قيمة كل واحد منهما

كان الرجوع إلى نسبة تلك القيمة، وإلاّ تساويا عملاً بأصالة التساوي.

أقول: إذا قلنا بحصول الشركة بمثل هذا الاشتباه كان له ثلاث صور: تساوي القيمة، واختلافهما مع وضوح أن لأيهما الأقل، أو مع اشتباهه، وعدم العلم بالتساوي أو الاختلاف ففي الأول والأخير يقسم المال بينهما بالتساوي، وفي الشق الأول من الوسط يكون لكل حقه، وفي شقة الثاني كان مقتضى قاعدة العدل تنصيف المجهول.

مثلاً علم أن الثوب الأحمر قيمته مائة والأبيض قيمته ثلاثون، و لم يعلم أيهما لزيد وأيهما لعمرو، أعطى كل واحد ثلاثين، لأن له هذا قطعاً، أما السبعون الباقي فهو بينهما فاللازم تنصيفه بينهما، لأنه لا ترجيح وتكون النتيجة التنصيف.

ومثله إذا علم أن الأحمر لزيد والأبيض لعمرو، لكن لم يعلم هل بيع الأحمر بمائة أو الأبيض، وبيع الآخر بثلاثين.

ومن ذلك تعرف وجه النظر في كلام القواعد، قال: وإذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته، ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح، وقد تقدم عن التذكرة التساوي بدون ذكر الصلح.

ومنه يعلم عدم الوجه للقرعة كما عن مجمع البرهان، إذ لا مشكل بعد قاعدة العدل.

ويأتي الكلام الذي ذكرناه في الشركة، في الوصية والوقف والهبة والإجارة والجعالة وغيرها، فإذا أوصى لهما بهذه الصبرة أو وهبها لهما أو جعلها أجرة أو جعالة عملهما، أو وقف هذه الأرض لهما تساوياً، وإن شك في أنه جعل تفاوتاً أو لا، كان الأصل العقلائي التساوي.

ولو علم بالتفاوت لأحدهما الثلث

وللآخر الثلثين و لم يعلم أن أيهما جعله لأيهما، كانت القاعدة تقسيمه بينهما بالسوية لعدم المرجح، والقرعة وإن كانت ممكنة إلاّ أن الشارع أسقطها في الدرهمين وإرث الخنثى وغيرهما من الموارد المتعددة مما يفهم منها ضرب القاعدة، وأقله أنها عقلائية لم يردع عنها الشارع.

(مسألة ٢): ليس لأحد الشريكين بعد أن فسخ العقد مطالبة الشريك الآخر بإقامة رأس المال، كما عن المبسوط والوسيلة وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والكفاية، وذكره الشرائع والقواعد وشراحهما.

واستدل له في مفتاح الكرامة وغيره بالأصل السالم عن المعارض، وبأنه تكليف فيحتاج إلى الدليل، وفيه: إن دليله الثاني هو الدليل الأول وليسا بدليلين.

ومن ذلك يعرف أنه لو كان عند الفسخ نقداً لم يكن لأحدهما مطالبة الآخر تبديله إلى المال الأولي لو كان عند الشركة مالاً، كما إذا عقدا عقد الشركة في مال ممزوج ثم تصرفا فيه بأن جعلاه نقداً.

ولو شرط أحدهما عند العقد أو الامتزاج إرجاع رأس المال بعد الفسخ، أو جعله نقداً فيما كان مالاً، أو مالاً في ما كان نقداً، لم يلزم الشرط، لأنه في ضمن عقد جائز، وقد سبق أنه لا يلزم.

نعم لو جعلا الشرط في ضمن عقد لازم لزم، فإذا لم يفعله المشروط عليه ألزم، وإن لم يمكن إلزامه جاز أخذ الحاكم من ماله لأجل التحويل المذكور إذا احتاج إلى المال.

وهل يجوز جعله ملكاً لمن لم يعمل بالشرط، والأخذ من ماله حسب الشرط، مثلاً اشتركا في مائة دينار مشروطاً، وعند الفسخ كان قد تحولت الدنانير إلى دهن، ولما لم يبدله إلى دنانير يأخذ الحاكم من دنانير المشروط عليه ويعطيه للمشروط له ويجعل بدله للمشروط عليه الدهن

الذي بينه وبين المشروط له، احتمالان، من الأصل، ومن أنه حقه فله إنقاذه منه بكل وجه، والثاني أقرب.

ولو اختلفا في أنه هل كان شرطاً في ضمن عقد لازم، فالقول قول المنكر مع يمينه إذا لم يكن للمدعي بينة، كما هي قاعدة كل نزاع.

ولو باع أحد الشريكين المال، ثم ادعي أنه لم يقبض الثمن، أو قبض حصة نفسه فقط، كان القول قوله مع حلفه، لأنه أمين.

وإن قال الشتري: بل أعطاه كل الثمن، أو أعطاه بعضه لهما لا له فقط، كان الأصل مع الشريك في الأول لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يدعيه الشريك. أما في الثاني فهل المرجع التحالف، أو القول قول المعطي لقاعدة (ما لا يعرف إلاّ من قبله). احتمالان.

ولو باع الشريكان سلعة صفقة، ثم استوفى أحدهما شيئاً، شاركه الآخر فيه، كما ذكره العلامة في القواعد والتذكرة، ونقل عن الشيخ والمحقق والشهيدين وغيرهم، وذلك لأنه المنصرف من إعطاء المشتري إذا لم يكن دليل على خلافه، وهذا هو المشهور، بل ادعي عليه الإجماع، وحيث إن المسألة مرتبطة بكتاب الدين نتركها لذلك الكتاب.

نعم يبقى الكلام في ما ذكره القواعد من أنه لو تعددت الصفقة فلا مشاركة، إذ لم يعرف فرق بين وحدة الصفقة وتعددها بعد كون المال المبيع مشتركاً، فإذا كان مال ممزوج لزيد وعمرو فباع أحدهما نصفه لبكر، ثم باع الآخر لبكر، فدفع بكر لأحدهما كل ثمن ما اشتراه منه أو بعضه، لم يكن وجه لعدم كون نصفه الآخر للشركة، فإن المال لما كان مشتركاً كان ما يعطي بإزائه مشتركاً

أيضاً، كما أن الحكم كذلك لو كان المشتري من أحد الشريكين أو من كليهما متعدداً، لوحدة العلة التي ذكرناها في الجميع.

ومن المستبعد جداً أن يريد القواعد بيع كل شريك الشيء الخاص به، فراجع كلامه.

ولو باع زيد مال نفسه لعمرو وباعه خالد كذلك، فأعطى المشتري نقداً بعنوان أنه لهما اشتراكا فيه إذا قبلا، وإن لم يقبلا كان عليه إعطاء ثمن كل واحد لنفسه مجزّءاً، إذ مقتضى تسلط الناس على أموالهم[1] أن لهم الحق في أن لا يشتركا، فإرادة المشتري تشريكهما في ما يدفع غير نافذة.

أما إذا باعاه مالاً مشتركاً فأراد أن يعطي حصة أحدهما، لم يكن لهما أن يقولا: لا نقبل إلاّ إعطاء الثمن مشتركاً، إذ تسلط المشتري على ماله يجعله مخيراً في أن يعطي بعنوان الشركة أو بعنوان الفردية.

ومنه يعلم أنه لو كان المال المشترك متساوياً وثمنه مائة، فأعطى المشتري ستين منه، فله أن يجعله لهما بالسوية أو باتفاوت، إذ لا يجبر المشتري بأحد القسمين من الإعطاء، حيث إنه خلاف سلطنته على ماله.

كما أن له أن يعطيها بقصد المساواة فيما أعطى وإن كان حقهما في المال المشترك مختلفاً، كما لو كان لأحدهما ستون في المائة، وللآخر أربعون، فأعطى خمسين بقصد أن يكون لكل منهما نصف الخمسين.

ولو أعطى المشتري الذي اشترى المال المشترك صفقة أو صفقتين من أحدهما أو من كليهما بعض الثمن، كانا شريكين فيه، إلاّ إذا نوى المشتري إعطاء حصة أحدهما.

و لم تنفع نية المستوفي أن الذي يأخذه له فقط

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

أو لشريكه فقط أو لهما، وذلك لأن كل جزء جزء مشاع عند الإعطاء، ولا دليل على تأثير نية الآخذ في عدم الإشاعة، ولذا قال الشرائع: إذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه.

قال الجواهر: ولو كان الاستيفاء بنية أنه له.

أقول: ولا خصوصية لبيعهما صفقة، ولذا لم نقيد المسألة بذلك، وكأن المحقق ذكر ذلك من باب المثال.

وكيف كان، فيدل على ما ذكرناه بالإضافة إلى أنه وفق القاعدة، جملة من الروايات.

مثل مرسل أبي حمزة، قال: سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كل منهما نصيبه من الغائب فاقتضى أحدهما و لم يقتضي الآخر، قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»[1].

ومثله خبر غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام)، إلاّ أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، وما يذهب بينهما»[2].

وكذا خبر محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)[3].

وخير معاوية بن عمار[4].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧٩ الباب ٦ من ابواب أحكام الشركة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ذيل الحديث ١.

(٣) الوسائل: ١٣ ص١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ح١.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٧٩ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ذيل الحديث ١.

وفي خبر عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين ومنه عين، فاقتسما العين والدين، فتوي الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر أيرده على صاحبه، قال: «نعم ما يذهب بماله»[1].

وفي الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في الشريكين إذا افترقا واقتسما ما في أيديهما، وبقي الدين الغائب فتراضيا أن صار لكل واحد منهما حصته في شيء منه، فهلك بعضه قبل أن يصل، قال (عليه السلام): «ما هلك فهو عليهما معاً، ولا يجوز قسمة الدين»[2].

ولا يخفى أنه لا يمكن الاستدلال بهذه الأخبار، لعدم إمكان تقسيم الدين، إذ الأربعة الأولى منها لا دلالة فيها لقوله فيها: «ومنه غائب»، والغائب غير الدين، والخامسة محتملة، إذ تقسيم الدين إنما يكون مقيداً بتحصيله كله، فإذا نوى بعضه لم يكن التقسيم جارياً، ويكون مالا يتوى بينهما.

أما خبر الدعائم فهو ضعيف، لا يمكن إثبات الحكم به، بعد كون الحكم مطابقاً لقاعدة السلطنة.

وبذلك ظهر أنا لا نرد الأخبار المتقدمة بالضعف والإرسال كما فعله صاحبا المسالك ومجمع البرهان، كيف وهي حجة خصوصاً خبر سليمان بن خالد الصحيح.

كما ظهر أن ما ذكره مفتاح الكرامة: بموافقة ذلك للقواعد وأصول المذهب، لأن المال في ذمم الغرماء مشترك، كما هو

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٠ الباب ٦ من أبواب أحكام الشركة ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٠ الباب ٥ من أبواب أحكام الشركة ح١.

التقدير، غير مقسوم، لأن ما في الذمم غير مقبوض ولا متعين حتى تصح قسمته، ولا دليل على لزوم قسمته كذلك، مع أن الأصل عدمه، مضافاً إلى الأصل بمعنى الاستصحاب، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ القاعدة تقتضي تسلط الناس على أموالهم[1] عيناً أو ديناً، فإذا كان لزيد في ذمة عمرو وبكر مائة دينار، في ذمة كل نصفه، ومات وورثه ابناه، فجعل كل منهما ماله في ذمة أحد الغريمين، رأى العقلاء ذلك حقاً لهما، لا فرق بين تقسيمهما المائة إذا كانت خارجية، وبين ذلك إذا كانت ديناً، ولا دليل على أن الشارع رفض ذلك، فلا أصل ولا استصحاب ولا قاعدة ولا حاجة إلى القبض والتعين أكثر من ذلك.

نعم إن كان إجماع في المسألة غير محتمل الاستناد، كان اللازم العمل به.

ولا يخفى أن ما ذكرناه غير المحكي عن ابن إدريس، من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه، ولا يلحقه الآخر فيه، إذ ذلك خلاف الشركة، فإن الشريك لا يحق له التصرف في المال المشترك ديناً أو عيناً إلاّ بموافقة الشريك، وإن استدل له في الجواهر بأدله تسعة، وقواه جامع المقاصد لقوة ومتانة بعض تلك الوجوه، ونقله عن المختلف، وحيث إن الكلام في ذلك راجع إلى باب الدين نكله إلى محله، ومن شاء التفصيل فليرجع إلى الجواهر ومفتاح الكرامة.

---

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

(مسألة ٣): قد ذكرنا بعض المسائل القسمة في كتاب القضاء، ونذكر هنا بعضها تبعاً للأصحاب، فنقول:

القسمة هي تميز الحق لكل شريك من غيره، وهي أمر عقلائي أمضاه الشارع، وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما، سواء كان فيها رد أو لم يكن، فلا يترتب عليها أحكام تلك العناوين، وهذا هو المحكي عن الشيخ والفاضلين والشهيدين وغيرهم، بل في الجواهر: لا خلاف أجده فيه ولا إشكال.

فليس فيها خيار الحيوان والمجلس والشفعة، ولا تبطل بالتفرق قبل القبض، ولا يلزم العلم بالمقدار، فلو كانت صبرة لا يعلم قدرها صح تقسيمها بين الورثة، وإن لم يعلم كل كم صار نصيبة منها، ولا يلزم التقسيم الكامل بين نفرين، ولا أصل التقسيم بالنسبة إلى بعض الشركاء إذا كانوا جماعة، أي يصح تقسيم بعض المشترك، كما يصح تميز حق بعض المشتركين، فلو كان اثنان بينهما شركة في صبرة يصح أن يقسما بعضها ويبقى بعضها الآخرمشتركاً بينهما، وإذا كان أربعة شركاء صح تقسيم المال إلى قسمين كل قسم لاثنين منهم، كل ذلك لإطلاق الأدلة، بل لا يظهر الخلاف في كل ذلك.

ثم القسمة إذا كانت قسمة إجبار لم تحتج إلى رضاية الشركاء، أما إذ لم تكن قسمة إجبار فلا تكون إلاّ باتفاق الشركاء، كما ذكره غير واحد، بل في الجواهر بلا خلاف أيضاً، ولا إشكال للأصل، بل الأصول، وهي أصالة عدم

جواز التصرف في مال الناس إلاّ بإجازتهم لدليل السلطنة[1] وغيرها، واستصحاب عدم حصول القسمة بدون رضاهم، وأصالة «لا يتوى حق امرئ مسلم»[2]، حيث إن الشركة حق، إلى غير ذلك.

أما قسمة الإجبار فهي ما إذا طلب بعض الشركاء و لم يكن ضرر على الشريك الآخر، أو كان ضرران متقابلان فإنهما يتساقطان، ويقدم حق سلطنة الإنسان في ماله، حيث إن دليل السلطنة حاكم بأن للمالك حق الشركة وحق الإفراز.

قال في الشرائع: ويجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر الاتفاق عليه، ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرار والضرار.

أقول: جعل العمدة الإجماع محل نظر، بل العمدة ما ذكرناه، كما أن إطلاق استثناء الضرر محل نظر، إذ قد تقدم أن ذلك إذا لم يكن معارضاً بضرر غير مريد القسمة، بل ينبغي أن يستثنى ما إذا كان دليل السلطنة بالنسبة إلى المورد أقوى من دليل الضرر بالنسبة إلى مورد الضرر، فيقدم الأول لقاعدة الأهم والمهم.

كما إذا كان يتضرر عدم مريد القسمة ديناراً، فيما كان مريد القسمة يريد إنقاذ ماله الذي يسوى عشرة آلاف دينار، غاية الأمر أن يقال بتحمله نصف ضرر

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح٥.

الطرف إذ لا وجه لتضرر كل الدينار.

ثم الاقتسام يكون بتعديل السهام بالأجزاء في متساوي الأجزاء، كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدّاً، فيوزع الشيء بعدد الانصباء، ويقرع بين الشركاء إن تشاحوا فقال كل واحد يريد هذا، لأنها لكل أمر مشكل، وأطلق غير واحد القرعة، لكن ربما يقال: إنه لا حاجة إليها، بل الحاكم الشرعي يفصل، إذ ليس ذلك مشكلاً بعد تساوي الأقسام، فإذا كان وسقان من حنطة فوزع نصفين فلا حق لأي منهما أن يصر على أنه يريد هذا القسم دون ذاك، بعد عدم فارق بينهما إطلاقاً.

وإن اختلفت الأجزاء كالأرض والدور والحيوان، لوحظت القيمة قي التقسيم.

والظاهر أنه لا فرق بين كتابة أسماء الشركاء أو السهام، مثلاً كانت للمورث داران متساويتان قيمة، فقد يكتب على ورقة اسم زيد، وعلى أخرى اسم عمرو، ويشار إلى دار ويقال: إن من خرج اسمه فهذه الدار له، وقد يكتب على ورقتين اسم الدارين ويشار إلى زيد ويقال: إن ما يخرج أولاً من اسم إحداهما فهي لزيد.

وإذا اختلفت الأقسام فكانت صبرة، لأحدهم نصفها وللثاني ثلثها وللثالث سدسها، وزعت ستة أقسام على ستة أوراق، فما يخرج أولاً مثلاً لصاحب النصف، أو لصاحب الثلث، أو لصاحب السدس.

فإذا قيل: إنه لصاحب النصف أخذه وكان له سدسان أخران، وإن قيل:

إنه لصاحب الثلث أخذه وكان له سدس آخر، وإن قيل لصاحب السدس أخذ ولا حق له، وإنما يبقى خمسة أسداس لشريكيه.

ويمكن العكس بأن تكتب أسامي الشركاء، ويقرر أن من خرج اسمه أولاً فله هذا السدس، فإن خرج اسم صاحب السدس انتهى أمره، وإلا ألقي الثلاثة في الكيس مرة ثانية، ويقرر أن من خرج اسمه فله السدس الثاني، إلى أن تتم القسمة.

وهل هناك حاجة إلى رضى الشركاء بعد القسمة، احتمالات:

عدم الاحتياج مطلقاً، والحاجة مطلقاً، والتفصيل بالحاجة في ما إذا كان القاسم أحدهما أو المنصوب من قبلهما، وعدم الحاجة إذا كان من قبل الحاكم.

استدل للأول: بأنه إذا كانت القسمة برضاهما لا دليل على بقاء الاشتراك، فلماذا يحتاج الأمر إلى رضى آخر بعد القسمة، وإذا لم تكن القسمة برضاهما لم تكن قسمة وبقي الاشتراك.

هذا بالإضافة إلى أنه لو ضربت القرعة لتشخيص حق كل واحد، كان ظاهر «القرعة لكل أمر مشكل» أن بعد القرعة لا إشكال، مما يفهم عرفاً منه تميز حق كل أحد عن حق الآخر فلا شركة.

وإلى ما رووه في كتاب الصلح، من قوله (عليه السلام) في رجلين لم يعرف كل منهما كم له عند صاحبه، فقالكل واحد: منهما لك ما عندك ولي ما عندي، قال: «لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما»، فإن فحواه يشمل المقام.

بل وإلى عموم (سلطنة الناس على أموالهم)[1]، حيث إن

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

الرضى بالقسمة يعطي السلطنة لكل شريك على المال الذي رضي به، فلا يبقى مجال لتصرفها في كل الأموال، إذ قد خرج سهم كل عن سلطنة الآخر، إلى غير ذلك من المؤيدات.

واستدل للثاني: بأصالة بقاء الإشاعة إن لم يحصل رضى بعد القسمة، ولذا حكى الجواهر عن المشهور ــ على ما قيل ــ الاحتياج إلى الرضا بعد القرعة، خصوصاً في قسمة الرد، لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على الرضا بذلك، وبأنه خلاف سلطنة الناس على أموالهم، فإنه إن لم يرض بالقسمة سواء قبل القرعة أو بعدها لم يصح التصرف في ماله المشترك بالنسبة إلى الطرف الآخر، وبأن القسمة كالمعاوضة ولا تصح المعاوضة إلاّ بالرضا.

وفي الكل ما لا يخفى:

فإن أدلة القول الأول لا تدع مجالاً للاصل والشهرة فيه، ولذا نسبها الجواهر إلى النقل.

وقد تقدم أن الرضا السابق بالقسمة إذا لم يتوافقا بعد القسمة على الاشتراك يكون الاشتراك خلاف قاعدة السلطة، فهي مع القول الأول، لا مع القول الثاني، والقسمة بدون الرد ليست معاوضة، بل إفراز الحق وقد فرض رضاهما به.

أما القسمة مع الرد، فالرد وإن كان معاوضة بالنسبة إلى مقدار الرد، إلاّ

أن الرضا الأول كاف، فإنه يشمله ﴿عن تراض منكم﴾[1]، وقوله (عليه السلام): «إلا بطيبة نفسه»[2]، إلى غير ذلك.

ووجه التفصيل: بأن القاسم إذا كان منصوباً من قبل الحاكم لم يصح عدم اتباع عمله، لأن الحاكم وضع للفصل بين الناس، فعدم اتباعه نقض الغرض، بخلاف غير منصوب الحاكم، فإن الأدلة المذكورة في القول الثاني تقتضي الاحتياج إلى رضى بعد القسمة.

وفيه ما تقدم من الإشكال في أدلة الثاني.

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٦.

(مسألة ٤): قد تقدم الكلام فيما إذا كانت القسمة توجب الضرر في الجملة، فنقول: إن الضرر على قسمين:

الأول: ما كان الضرر من جهة التفريق، كما إذا كان مصراعا باب، فأراد أحدهما أخذ مصراعه مما يوجب نقص القيمة على كل منهما.

الثاني: ما كان الضرر من جهة الإسراف، كما إذا كان المشترك جوهراً تنقص قيمته بالقسمة.

أما الكلام في الأول: فقد تقدم مقتضى القاعدة فيه.

وأما الكلام في الثاني: فالظاهر أن حرمة السرف تقف دون تنفيذ إرادة الشريك الطالب للقسمة، لأن «الناس مسلطون على أموالهم»[1]، لا على أحكامهم.

وظاهر الشرائع المنع في الضرر مطلقاً، حيث قال: وكل ما فيه ضرر عليهما كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة لا يجوز قسمته، ولو اتفق الشركاء على القسمة، انتهى.

واستدل الجواهر له: بنفي الضرر والسرف والنهي عن تلف المال في غير الغرض الصحيح.

أقول: قد يكون الكلام في الحكم التكليفي أي الجواز وعدمه، وقد يكون الكلام في الحكم الوضعي أي صحة القسمة وعدمها.

أما الثاني: فلا وجه لاحتمال عدم الصحة حتى في صورة السرف، كما

---

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

إذا كان الجوهر يسوى ألفاً، وبعد تقسيمه نصفين يسوى عشرة، فإنه لا وجه للإشكال في اختصاص كل نصف منه بأحدهما بعد أن رضيا بذلك.

ولعل قول المحقق (لا يجوز) إشارة إلى ذلك، أي إلى الحكم التكليفي فقط أي يحرم، لا الحكم الوضعي، أي لا يصح، وإذا تبين الكلام في الحكم الوضعي نقول: الضرر على قسمين:

ضرر منهي عنه للشارع كان يتلف الإنسان ماله بدون وجه عقلائي، وهو المسمى بالسرف والتبذير، وهذا القسم محرم.

وضرر غير منهي عنه للشارع، وإنما حرم إضرار إنسان بآخر فيما إذا لم يرض ذلك الإنسان بإضراره به، مما لا يعد سرفاً وتبذيراً، وذلك مثل عدم بيع الإنسان ماله حتى تتزل قيمته، فإنه ضرر لكنه غير محرم، وما نحن فيه من قسمة مصراعي الباب ونحوه من هذا القبيل.

ولذا قال في محكي الدروس: ولو تضرر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس.

وقال في الجواهر عند قول المحقق المتقدم (ولو اتفق...): فيه إنه مناف لقاعدة (تسلط الناس على أموالهم)[1]، والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح، انتهى.

ثم إنه لا شك في صحة قسمة المهاياة، أي قسمة المنفعة بالأجزاء أو بالزمان

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢.

كأن يسكن هذا الدار سنة والآخر سنة، أو يسكن هذا في حجرة منها وذاك في حجرة أخرى، أو يؤجر هذا هذه الغرفة وذاك الغرفة الأخرى، إلى غيرها من الأمثلة، إذا رضي الشركاء بذلك، لأن الحق لا يعدوهم، ولانه مقتضى سلطنتهم على أموالهم(١).

أما إذا لم يرض بعض الشركاء بذلك، لم يجبر الآخر للأصل، وإنما لمريد المهاياة حق الجبر بالقسمة كما تقدم.

ولو رضيا بالمهاياة، فإن جعلاه ضمن عقد لازم لزمت، وإن رجع أحدهما عن كلامه، لما ذكرناه في باب الشرط من أنه يقتضي الوضع، وإن لم يجعلاها ضمن عقد لازم وفسخ أحدهما قبل الاستيفاء انفسخت، إذ لا دليل على لزومها، والأصل عدم اللزوم، وليس ذلك عقداً حتى يقال: الأصل فيه اللزوم، أما إذا فسخ أحدهما بعد استيفاء أحدهما حصته، فهل يلزم عليه أجرة حصة الشريك، كما في الجواهر، أو يجير باستيفاء الآخرحصته أيضاً، لأنه استيفاء في قبال ذلك الاستيفاء، احتمالان، وإن كان الثاني أقرب.

ولو اختلفت الأجرة في الزمانين، مثلاً كان وقت استيفاء زيد في السنة الأولى أجرة الدار مائة، وفي السنة الثانية مائتين للتضخم، أو خمسين للتترل، فهل حق الثاني الاستيفاء، أو نصف الاستيفاء في الأول وضعفه في الثاني، أو يستوفي سنة مع إعطاء مائة للاول في الأول، وأخذ خمسين من

(١) بحار الانوار: ج٢ ص٢٧٣.

الأول في الثاني، احتمالات، القاعدة الاقتصادية تقتضي الثاني، لأن الأشياء بقيمها لا بحجمها، والأصل يقتضي الأول، لأن المبادلة وقعت ولا تتغير.

كما إذا استأجر الدار سنة كل شهر عشرة، ثم صعدت إلى كل شهر عشرين حسب التضخم، أو بالعكس نزلت إلى كل شهر خمسة حسب التترل.

والأقرب في النظر اتباع القاعدة الاقتصادية، والأصل لا مجال له بعد الدليل، وقد ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) ما يؤيد ذلك في مسألة الربا والإجارة والوصية والوقف والنذر وما أشبه.

وإذا كانت قسمة العين توجب الضرر المحرم وطلبا التخلص، أو طلب أحدهما، أو كان البقاء مبعث نزاع ونحوه، حق للحاكم التدخل للفصل بالأقرب فالأقرب إلى مقتضى سلطنة الناس على أموالهم، مثل إجارته أو بيعه أو جعل المهاياة الإجبارية أو ما أشبه، وذلك لإيصال الحق إلى صاحبه مهما أمكن، فإنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»، والقطع دواء التراع.

فعن الدروس: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كان له أجرة، جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر.

قال في الجواهر: ولعل ذلك من السياسات، بناءً على أن للحاكم ذلك ونحوه، فله حينئذ بيعه عليهم مع كونه مقتضاها.

أقول: ولو أراد أحدهما شراءه أو استيجاره دون الآخر، قدم على الأجنبي

لأن بعض المال له، أما إذا أراد كلاهما ذلك لم يبعد القرعة، إن لم نقل بأن للحاكم تقديم أيهما شاء بدون القرعة، للشك في اندراج مثله في المشكل الذي هو موضوع القرعة.

(مسألة ٥): لا يقسم الوقف ذرياً وخيرياً، لأن التقسيم خلاف مقتضى «الوقوف حسب ما وقفها أهلها»[(١)]، إلاّ إذا شرط الواقف ذلك في بعض الحالات، حيث إن مثل هذا الشرط صحيح، كما يفهم من النص والفتوى.

وقد علل عدم التقسيم في الشرائع بعلة أخرى، قال: لا يقسم الوقف، لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين.

وتبعه في هذا التعليل القواعد، قال: ولا يصح قسمة الوقف لعدم انحصار المستحق في القاسم، وإن تغاير الواقف مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه، كان يقف أحد الشريكين في هذه البستان حصته على زيد وأولاده، والآخرحصته عليهم أو على عمرو وأولاده.

أقول: إذا كان كل من الواقف والموقوف عليه متعدداً لم يكن وجه للمنع عن القسمة، كما إذا كان شريكان في دار، فوقف أحدهما نصفه على أولاده، والآخر وقف نصفه على أولاده، إذ لا دليل على المنع لا بالنسبة إلى ما استدللنا به، حيث إن التقسيم لا ينافي النص المقدم، ولا بالنسبة إلى ما استدلا، إذ عدم انحصار الحق في الطائفتين من الأولاد الحاضرين لا يلازم عدم جواز التقسيم، فإن الملازمة لا دليل عليها إلاّ مع اتحاد الواقف، فإنه يجعل حق البطون في كل جزء جزء، بينما مع تعدد الواقف يجعل هذا حق بطنه في كل جزء جزء من نصفه فقط، وكذلك يجعل الشريك الآخر.

ومنه يعلم صحة التقسيم إذا قسم نفس الواقف الواحد، كما إذا كانت

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٩٥ الباب ٢ من أبواب الوقوف ح٢.

الدار لزيد فوقف نصفها على زيد وذريته، ونصفها الآخر على عمرو وذريته، إذا لم يقصد النصف المشاع، حيث إنه إذا قصد ذلك كان التقسيم خلاف إرادة الواقف التي أجرى على طبقها الوقف.

ومنه يعلم النظر في إطلاق الجواهر، حيث قال: إن الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلةً وكثرةً ونحو ذلك لم يجز قسمته، أما إذا لم يكن كذلك كما في المثال، بل فيما لو اتحد الواقف وتعدد المصرف مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً وذريته، والآخر على عمرو وذريته لم يكن بأس في قسمته، انتهى.

فإن الواقف لو وقف النصف المشاع لهذا والنصف المشاع لذاك، كان التقسيم خلاف الوقف، بل التقسيم هنا مثل المزج في الاستفادة فيما لو وقف وقفين مستقلين، فكما لا يجوز هذا لا يجوز ذلك أيضاً.

ومما تقدم ظهر لزوم تقييد ما ذكرنا من صحة التقسيم في صورة تعدد كليهما، أي الوقف والموقوف عليه، بما إذا لم يوقفا مشاعاً، كما إذا كانت بينهما دار مشاعة فوقف كل نصيبه المشاع لأولاده، فإن الإفراز خلاف الإشاعة وقد فرض أن الوقف تعلق بالإشاعة، والإشاعة حالة في الشيء الموقوف كانت للشريكين إبقاؤها، وقد أبقياها عند الوقف، فالإفراز خلاف الوقف.

ويظهر من ذلك العكس، كما إذا كان لزيد ولعمرو قطعتي أرض فوقف كل قطعة لأولاده، فإنه لا يصح للطائفتين من الأولاد جعلهما مشاعة، لأن الإفراز حالة في الشيء الموقوف كان للمالك إبقاؤه، وقد أبقى كل واقف الإفراز عند الوقف، فالإشاعة خلاف الوقف.

ومنه يعلم أن نفس الواقفين لا يقدران بعد الوقف من تغيير المشاع مفرزاً أو بالعكس، ولعل مراد العلامة في محكي التجرير حيث أطلق قوله: ولو تعدد الواقف والموقوف عليه، فالأقرب جواز القسمة، انتهى. أراد ما ذكرنا أولاً، لا الصورة التي ذكرناها بقولنا: (ومما تقدم) إلخ.

ومن الكلام في الوقف على الذرية يظهر الكلام في الوقف على المصالح، كما إذا وقف نصف داره على انتفاع الفقراء، ونصفها على انتفاع الزائرين، فإنه لا يصح الإفراز، إذ ذلك خلاف «الوقوف...».

أما إذا وقف أحدهما نصف داره المشاعة ــ لا بقيد الإشاعة ــ على الفقراء، ووقف الشريك الآخر نصف داره كذلك على الزوار، جاز الإفراز، إذ لا محذور في الإفراز حينئذ من جهة الواقف ولا الموقوف عليه.

ثم لو جاز بيع الوقف، فالظاهر جواز القسمة تفادياً عن البيع، كما لو اختلفت الورثة إلى حد مجوز للبيع، فيقتسمان الوقف لكل أخ نصفه، وذلك لأنه أقرب إلى إرادة الواقف وبقاء الوقف، ومن المعلوم أن الضرورات بقدر بقدرها، ولذا كان المحكي عن العلامة في تحريره أنه قال: ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز كما أجزنا البيع.

أقول: ومنه يعلم صحة إجارته ورهنه وما أشبه ذلك إذا كان أمثال هذه أقرب إلى الوقف من البيع.

هذا بعض فروع قسمة الوقف به، فلو كان أحد الشريكين وقف والآخر لم يوقف، فقد قال الشرائع: ولو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صح قسمته، لأنه تميز للوقوف عن غيره، انتهى.

وذلك لأن المالكين لهما حق إفراز مالهما، حيث الملك لأحدهما والوقف للآخر، وكذا المتولي والموقوف عليه ــ فيما لا متولي ــ والحاكم، كما إذا وقف نصف داره للفقراء وجعل المتولي زيداً، أو لم يجعل المتولي حيث يتولي الحاكم شؤونه، أو وقف نصف الدار للذرية والنصف الثاني لشريكه، فإنه بنفسه له حق الإفراز لقاعدة السلطنة، ولقاعدة «لا يتوى» وما أشبه، وإذا لم يفرز هو كان للثلاثة الإفراز، لأنهم قائمون بشؤون الوقف، وحال الوقف الذي هو تحرير كذلك.

كما إذا وقف نصفه مسجداً وقبل الإفراز لا يحق لصنع منافيات المسجد في المشترك، مثل التنجيس وكمكث الجنب وما أشبه، لأن كل جزء جزء مشترك كما ذكرناه سابقاً، وإذا فرز اختص الأحكام بالنصف والوقف.

ولا يصح في ما ذا كان النصف وقفاً ذرياً أو خيرياً عاماً أو خاصاً، كالمدرسة التي للطلاب، بعد الإفراز الاشتراك ولو مع الشريك السابق، وإن صح ذلك بالنسبة إلى الملك، كما إذا كانت أرض لهما ثم أفرزا فإنه يصح لهما الرجوع إلى الاشتراك، لأنه أمر عقلائي لم يردع عنه الشارع، بل دليل السلطنة يؤيده، أما في ما إذا وقف وأفرز فلا يصح، إذ لا دليل على حق المتولي أو الذرية في ذلك، واستصحاب حال ما قبل الوقف غير تام بعد تبدل الموضوع.

ويؤيد العدم في الوقف أنه لا يصح ذلك ابتداءً، وإن صح في الملك ابتداءً، فإذا كانت لهما قطعتا أرض مجاورة جاز لهما الاشتراك فيهما فتكون

الأرض كلها مشتركة بينهما، بينما إذا كان مسجد وأرض لزيد لا يصح للمتولي ولزيد الاشتراك فيهما.

ثم لا فرق بين أن يكون هناك شريكان في أرض مشتركة يوقف أحدهما أرضه ثم يفرزها، أو كان لإنسان واحد أرض فيوقف نصفها، ثم يفرزه هو أو المتولي خاصاً أو حاكماً أو الموقوف عليه.

والظاهر صحة الوقف في المشترك، سواء كان اشتراك إشاعة، أو اشتراك الكلي في المعين، والفرق يظهر في التلف، فإذا اشترى من زيد نصف أرضه فغمر الماء نصفها ذهب النصف من كليهما. أما إذا اشترى منه النصف على نحو الكلي في المعين لم يكن ذهاب النصف إلاّ من البائع، كما ذكروا في أطنان القصب.

ثم إن القواعد قال: ولو كان بعض الملك طلقاً صحت قسمته مع الوقف وإن اتحد المالك، ولو تضمنت رداً جاز من صاحب الوقف خاصة، فإن كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف.

أقول: لأن الرد معناه إعطاء شيء في قبال أخذ الزائد، ومن الواضح أنه لا يصح لصاحب الوقف أن يعطي الزائد للشريك فيأخذ منه رداً، لأن معنى إعطائه الزائد إعطاؤه من الوقف وذلك ما لا يجوز.

ثم لو أعطى صاحب الوقف رداً لزيادة عين أخذها فالظاهر أن الزيادة

لا تكون وقفاً، بل يشترك هو مع الوقف، إذ لا وجه لكون الزائد المقابل للرد وقفاً.

قال في الجواهر: إن الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق، وإن استلزمت رداً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للرد وقفاً أو ملكاً، وجهان، أقواهما الثاني، انتهى.

ثم إنه يصح أن يعطي الرد إنسان ثالث برضى الأطراف، ويكون ما في الوقف من الزائد له، وحينئذ يكون هو المشترك مع الوقف.

ولو كانت دار وقف نصفها أحد الشريكين مسجداً، ووقف الشريك الثاني نصفه مسجداً أيضاً، فهل لهما الإفراز لاستصحاب حقهما في ذلك، أم لا، لأن المسجد حقيقة واحدة فلا معنى لإفراز بعضه من بعضه، احتمالان، مقتضى القاعدة الأول، وإن كان الأحوط الثاني.

ولو وقفا لأمرين، مثل أن وقف أحدهما مسجداً والآخر مدرسة، جاز الإفراز بلا إشكال، ولو لم يمكن الإفراز في الوقفين، فالظاهر أن أخصهما أحكاماً هو المحكم، فإذا كان مسجد ووقف للفقراء لم يصح بقاؤه جنباً فيه، وإن صح له النوم باعتبار أن نصفه له، وإنما يحكم الأخص لما تقدم من أن كل جزء جزء مسجد ووقف فقير، فالمسجدية تمنع عن بقاء الجنب.

ومنه يعلم أنه لو كان المشتركان مسلماً وكافراً، وقف أحدهما مسجداً والآخر كنيسة، وجب الإفراز، إذ لا يصح إقامة شعائر الكنيسة في المسجد، وإن جاز العكس، وإن لم يمكن الإفراز لا يصح فيه شعائر الكنيسة، وإن جاز

ما لا ينافي المسجد، وذلك لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، وكذلك لا يصح في المسجد والملك الطلق للكافر عمل ما ينافي المسجد، مثل بيع الخمر فيه، وإن جاز بيعها لهم في غير العلن، لأنهم يقرون على دينهم.

ومما تقدم يعلم أنه لو تزاحم المسجد والكنيسة و لم يمكن الإفراز اشتري حصة الكنيسة بأن جعلت طلقاً أو وقفاً، لا لمجرد قاعدة: «ألزموهم»[1]، وهم يرون جواز بيع الكنيسة، بل وإن لم يجوزوا ذلك في دينهم، لقاعدة: «الإسلام يعلو»[2]، أو لقاعدة: «الأهم والمهم» في باب التزاحم.

ثم لو كان الوقف والطلق متزاحمين، والطلق لصغار ليس من مصلحتهم بيعه، أو القيم يصر على عدم بيعه، فالظاهر حق الحاكم الشرعي في البيع عليهم فيما كان الوقف مسجداً، لقاعدة الأهم والمهم وقاعدة تقديم حق الله كما في بعض الروايات.

أما في مثل الحسينية والمدرسة وما أشبه، ففيه احتمالان.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٧٦ الباب ١ من أبواب ميراث الإرث ح١١.

(مسألة ٦): إذا دفع إنسان دابة وآخر راوية إلى ثالث لاستقاء الماء وبيعه والربح بينهم، فقد يكون قصدهم المضاربة، وقد يكون قصدهم الشركة، وقد يكون قصدهم الإجارة.

والظاهر صحة الكل، وعلى قصد أي من الثلاث يترتب أثره، وذلك لما تقدم في كتاب المضاربة، من أن الموضوع العرفي هو الذي قرره الشارع، ولا دليل على لزوم أن يكون ديناراً ودرهماً كما ذكره المشهور، ولا شك عند العقلاء بأنه نوع من المضاربة، ويعتادونه.

كما أنه يصح بقصد الشركة، ولا دليل على بطلان مثله بعد كونه عقلائياً لم يثبت ردع الشارع عنه.

نعم في الشرائع: لو دفع إنسان دابة وآخر راوية إلى سقاء على الاشتراك في الحاصل لم تنعقد الشركة، وكان ما يحصل للسقاء عليه أجرة مثل الدابة والراوية.

استدل له الجواهر بقوله: قطعاً لأنها مركبة من شركة الأبدان والأموال مع عدم المزج، والكل باطل، ثم قال وقيل: إنهم يقتسمون أثلاثاً يكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثا أجرة ماله ونفسه ويسقط الثلث لأن ثلث النفع حصل له، انتهى.

وقال في القواعد: لو دفع إلى آخر دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة.

ونقل مثله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد، ونقل عن الأول أنه قال: عند علمائنا أجمع.

وأنت خبير بأن ما علله الجواهر الحكم من القطع، أو أنه من الشركات المحظورة، كما أن إجماع التذكرة

لا يمكن أن يكون مستنداً، إذ القطع ينفع القاطع، وأدلة الشركات المحظورة لا تشمل المقام، كما لا يخفى عل من راجع أول كتاب الشركة عند ذكر الماتن اياها.

والإجماع بعد الإشكال في صغراه، حيث إن المسألة غير مذكورة في كثير من الكتب، محتمل الاستناد، ومثله ليس بحجة.

وعليه فالأقرب الصحة شركة، فإذا أطلقوا الاشتراك في الحاصل، كان لكل حسب ما يراه العرف، لأنه مقتضى الإطلاق الذي لم يريدوا إلا إياه، وإن ذكروا قدر حق كل، مثل أن يكون لكل ثلث الربح أو بالاختلاف كان كما ذكروا.

أما إشكال بعض الاقتصاديين من غير فقهائنا بأن الربح نتيجة العمل فلا حق لمعطي الدابة والراوية في الربح، فقد اجبنا عنه في فقه الاقتصاد، بالإضافة إلى أن الدابة والراوية عمل مجسم أيضاً، فالربح يكون نتيجة عملهم.

وكذلك يصح بقصد الإجارة، بأن يؤجر السقاء نفسه لهما أو يؤجراهما الدابة والراوية له إذا تحققت شرائط الإجارة، وذلك لإطلاق أدلتها.

هذا، وإن كان الأحوط عدم جعله مضاربة أو شركة، بل إجارة بشرائطها، أو صلحاً أو ما أشبه مما يصح قطعاً.

وعلى ما ذكرناه فإن كان ضرر كان على الجميع بالنسبة، وإن كان ربح كان للجميع كذلك، فإذا حصل السقاء ستين قيمة الماء، وكانت أجرته خمس عشرة والدابة اثنتي عشرة والقربة ثلاثة كان ثلاثين زائدة، فيعطى كل واحد ضعف حقه، وإذا حصل عشرين كانت عشرة ناقصة، وأعطي كل واحد ثلثي حقه، فللسقاء عشرة وللدابة ثمانية وللقربة اثنان، وهكذا.

وبما تقدم يظهر أنه لو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل، على أن يكون الحاصل بينهم، صحت المعاملة مضاربةً أو شركةً أو إجارةً أو مصالحةً، بل أو معاملة مستقلة داخلة في ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1].

فقول الجواهر: لا ريب في بطلان الشركة، محل الإشكال.

فإن أطلقوا كان لكل بقدر حقه إن كان الحاصل كذلك، وإن زاد أو نقص كان لكل بالنسبة زيادة أو نقيصة، لأن الربح للمجموع، فاللازم ملاحظة النسبة في الزيادة، كما أن النقص على المجموع فاللازم ورود النسبة عليهم أيضاً.

وإن لم يطلقوا، بل جعلوا نسبة خاصة لكل منهم كالنصف للعامل، والسدس للدكان، والربع للبغل، ونصف السدس للرحي، كان كما قرروا.

ولو استأجر صاحب الطعام الدكان والبغل والرحى والعامل بكذا، بدون ذكر قدر حق كل، فالأجر بينهم على قدر حقهم لكل واحد من المسمى بقدر حقه، نحو ما لو باع المالين مثلاً لرجلين بثمن واحد، فإن كانت الأجرة بقدر حقهم فهو، وإلا زيد أو نقص من كل بقدر النسبة.

ولو استأجر الأرض والماكنة التي تمتح الماء والعامل بكذا، كان كذلك، ولو كان الماء لرابع كانت الأجرة بينهم حقاً أو نسبة في الزيادة والنقيصة.

ولو كانت السيارة من واحد والسائق عاملاً واستأجرهما بثمن كان لكل بقدر حقه أو نسبته.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

ومما تقدم يظهر الإشكال في قول الجواهر: ولو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا، فإن الأجرة بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجرة.

إذ اللازم ملاحظة الحق، إلاّ أن يريد مع الربع ذلك لا الربع المتساوي، نعم فيما إذا كان حق كل واحد ربعاً متساوياً، كان كما ذكره.

وإذا عمل الأربعة أقل من العمل أو أكثر بعد أن قال المالك لهم، ولكل زيادة عمل زيادة أجرة بنسبة الأجرة المجهولة، أخرج الحق بالأربعة المتناسبة البسيطة أو المركبة، مثلاً لو كان كل العمل بدينار، كان ثلثه ناقصاً أو زائداً منسوباً إلى الأصل.

نعم إذا كانت النقيصة توجب النقص من النسبة، كان اللازم النسبة مع نقص مقدار الناقص، مثلاً استأجر الحطاب والنجار والحداد بأربعة لأجل صنع مصراعي الباب فصنعوا مصراعاً، فإن حقهم ليس اثنين، إذ ليس ثمن المصراع نصف ثمن المصراعين، بل أعطاهم درهماً حيث تلاحظ النسبة إذا كانت قيمة المصراع ربع قيمة المصراعين كما هو واضح.

والكلام في هذه المسألة طويل نكتفي منه بهذا القدر.

(**مسألة ٧**): لو حاش صيداً، أو احتطب، أو احتش، أو أخرج معدناً، أو متح ماءً، أو سبق إلى سائر المباحات، فإن نوى أنه لنفسه كان لنفسه، لإطلاق ما دل على «من سبق إلى ما لا يسبق» كما ذكر في كتاب إحياء الموات، لكن يشترط في ذلك أن يكون بقدر حقه مما لا ينافي ﴿لكم﴾[1] الوارد في الآية الكريمة كما ذكرنا تفصيله في كتاب الاقتصاد من الفقه.

ولو نوى أنه لنفسه ولغيره أو لغيره صح ما نواه، كما تصح الوكالة والإجارة والصلح والجعالة والشرط على ذلك، فيوكله في أن يستخرج له المعدن أو يستأجره لذلك أو يصالح معه أو يجعل له جعلاً أو يشترط عليه ذلك في ضمن عقد لازم، بل أو غير لازم فيمن يقول بلزوم مثل هذا الشرط كصاحب العروة، خلافاً للمشهور الذين لا يقولون بلزوم الشرط إذا كان في ضمن غير عقد لازم.

كل ذلك لإطلاق أدلة تلك المعاملات، بعد أن العقلاء يرون صحة جميعها، و لم يدل دليل على أن الشارع منع عن ذلك، بل السيرة المستمرة في الإجارة ونحوها.

وأي فرق بين أن يستأجر غيره لخياطة ثوبه، أو لمتح الماء له من البئر المباحة، أو استخراج الملح له من المعدن، إلى غير ذلك.

والقول بأن النية لا تجعل المستخرَج ـــ بالفتح ـــ لغير من استخرجه، فيه: إن قاعدة «الأعمال بالنيات» الشرعية العقلائية تحكم بذلك.

وبذلك ظهر أن قول الشرائع: لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنية أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النية، وكان ما جمعه له خاصة، غير ظاهر الوجه.

وقول بعض الاقتصاديين الجدد: إنه استثمار للإنسان، وذلك لا يجوز، مردود

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٩.

بالنقض بالخياط والبناء والنجار وغيرهم، وجوابهم بالفرق حيث إن صاحب الثوب والدار يعطي المال الذي هو عمله المجسم في مقابل عمل الخياط والبناء، غير تام بالنقض، إذ مستأجر غيره للصيد، أو الاستخراج أيضاً يعطي المال الذي هو عمله المجسم، وبالحل بأنهما حران في ما شاءا، فالمستأجر حر في الاستيجار والأجير حر في إجارة نفسه، فبأي دليل تمنع حرية الإنسان.

وكيف كان، فإذا نوى أن المستخرَج ـــ بالفتح ـــ لهما أو لغيره صار كما نوى، فيشترك في الأول كما يختص به في الثاني، فالنية توجب ملك الطرف كلاً أو بعضاً، ولا يحق له الرجوع، لأنه لا يخرج مال إنسان عن ملكه إلاّ بطيبة نفسه، كما أنه لو أبرأ ذمة إنسان عما يطلبه سقط الدين عن ذمته، ولا يحق له الرجوع، إذ لا دليل على أنه يرجع إلى ذمته بعد إبرائه.

ثم الظاهر أن ملكية الإنسان للمباح باستيلائه عليه يحتاج إلى النية، فبدونها لا يملك، كما لو أخذ تراباً ليحوله عن طريق المارة أو جذع شجرة أو حجراً كذلك، فإنه ليس يملكه بالاستيلاء والأخذ ثم يفقد ملكيته له بالإعراض، بل لا يملك من الأول، وكذلك إذا أخذ غزالاً أو طيراً أو سمكة أو ما أشبه ذلك.

وذلك لأنه المنصرف من مثل «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»، ومثل «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد»، و(من حاز ملك) سواء كان هذا كلام الفقهاء أو الرواية.

حيث إن من أحيى الأرض بدون قصد الملك، وإنما أراد شق الطريق للمارة، أو تسهيل السير فيها بطم حفرها وإفراغها من الماء العفن، إلى غير ذلك، لا يراه العرف مشمولاً لمن أحيا أو سبق أو أحاز، خلافاً لمن

لم يشترط النية، أخذاً بالإطلاقات المذكورة.

وفي الشرائع: هل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك، قيل لا، وفيه تردد.

وقد ذكر الجواهر وغيره وجه تردد المحقق.

وقال الشيخ في محكي المبسوط: إذا نزل القوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ولم يقصدوا الملك بالإحياءِ فإنهم لا يملكونها بالإحياء، لأن المحيي إنما يملك بالإحياء إذا قصد تملكه.

أقول: نعم لا شبهة في أنه يختص بهم فلا يحق لأحد مزاحمتهم ما داموا هم يريدونها، كما إذا نزلوا في مكان من الصحراء، وذلك لدليل «من سبق» بالإضافة إلى أن العقلاء يرون ذلك، والشارع حيث لم يغيره فقد أمضاه.

أما ما قد يقال: من أن المباحات ملك لكافة الناس، لقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ﴾[1]، ففيه: إنه خلاف ظاهر الآية، لأن ظاهرها أنها خلقت لنفعهم، أما كيف يدخل في ملكهم فاللازم التماس دليل آخر.

قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد (هل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك إشكال): أقربه أنه يفتقر إليها، كما بيناه في باب اللقطة.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٩.

واستدللنا عليه بالاخبار المستفيضة الواردة فيما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر، والإجماعين الظاهرين من التذكرة والمختلف، وعضدناهما بالشهرات والأصل، إلى آخره.

(مسألة ٨): لو كان لنفرين مال ممتزج، فقد يكون بالسوية، بأن كان لكل منهما نصفه، وقد يكون بالاختلاف، كما إذا كان لأحدهما ثلثه وللآخر الثلثان.

ففي الأول: إذا أذن أحدهما خاصة لصاحبه في التصرف في المال المشترك، فقد يجعل تمام الربح لنفسه، وقد يجعل للعامل، وقد يجعله نصفين، وقد يجعله بالاختلاف إما الزائد لنفسه أو للعامل، فإن كان تمام الربح للعامل كان قرضاً، وإن كان لنفسه كان بضاعة، وإن كان بينهما كان مضاربة من غير فرق بين أقسامه الثلاثة، أي التناصف والاختلاف بصورتيه.

ومنه يعلم صور الثاني: وهو ما كان المال المشترك لهما بالاختلاف، قال في الشرائع: لو كان لهما مال بالسوية فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضاً، لأنه لا شركة للعامل في مكسب مال الآمر، ولا شركة وإن حصل الامتزاج، بل يكون بضاعة.

أقول: أما عدم كونه قراضاً، فلأنه لا شيء للعامل، وإنما ربح مال نفسه لنفسه.

وأما عدم كونه شركة، فلأن لازمها عنده كون العمل منهما ولا عمل منهما.

وأما كونه بضاعة، فلأن حصة الشريك يستربحها الشريك للمالك بدون عوض، وقد سبق نحو هذه المسألة في كتاب المضاربة.

قال في الجواهر: وبنحو ذلك صرح في القواعد، لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة، وقد عرفت البحث فيه سابقاً، انتهى.

وقد نقل عن المبسوط والسرائر والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك مثل ما ذكره الفاضلان.

وفي هذا الباب مسائل أخر يجدها الطالب في الشرائع والقواعد وشروحهما، والله المستعان.

كتاب المضاربة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب المضاربة

وتسمى قراضاً عند أهل الحجاز، والأول من الضرب، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، والمفاعلة باعتبار كون المالك سبباً له والعامل مباشراً.

كتاب المضاربة

تسمي بذلك عند أهل العراق، {وتسمى قِراضاً عند أهل الحجاز} في الزمان السابق، وإلا فالآن تسمى بهما في كلا البلدين وفي غيرهما.

{والأول من الضرب، لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح}، كما قال سبحانه: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾[1]، إذ الذاهب يضرب الأرض برجله.

{والمفاعلة} الظاهرة في كون العمل من الطرفين، مع أن المالك لرأس المال لا يضرب في الأرض، وإنما يعطي النقد ونحوه فقط {باعتبار كون المالك سبباً والعامل مباشراً}، صرح بذلك التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم.

وإشكال المستمسك عليهم بأنه لا أصل له، قال: كما يظهر

---

(١) سورة النساء: الآية ١٠١.

من ملاحظه موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، وتابعت زيداً، وباركت له، وناولته الكتاب، وسافرت، وآذيته، وجازفت، إلى غير ذلك ما لا يحصى، كل ذلك لا مشاركة فيه.

إلى أن قال: وأما المفاعله فإنها تقتضي السعي إلى الفعل، فإذا قلت: قتلت، فقد أخبرت عن وقوع القتل، وإذا قلت: قاتلت، كنت قد أخبرت بالسعي إلى القتل، فربما يقع وربما لا يقع، إلى آخر كلامه.

يرد عليه: إن أصله التبادر، وكفى به أصلا، ولذا إذا قال: قتل، كان معناه طرفاً، وإذا قال: قاتل، كان معناه طرفين، أما ﴿قاتلهم الله﴾ فباعتبار أن كلاً من الله وهم يريدون إفناء الطرف الآخر، مثل ﴿يخادعون الله وهو خادعهم﴾ و﴿مكروا ومكر الله﴾، إلى غير ذلك.

ولذا كان المقاتلة والمغابنة والمناصرة والمساهمة والمشاكسة والمداهنة والمجاملة والمعاملة وغيرها تشمل الطرفين، والأمثلة التي ذكرها إن تم كونها لطرف الواحد لم يضر بعد كون التبادر يعطي معنى الطرفين، إذ المذكور في معنى أبواب المزيد فيه من المعاني المتبادرة غالبي لا دائمي، فإن المجاز يصار إليه في الألفاظ كثيراً.

وقولنا: (إن تم) لأن بعضها له طرفان أيضاً، مثل المتابعة والمناولة وغيرهما، إذ طرفان التابع والمتابع، والمعطي والآخذ، والذي يؤذي ويؤذى، والمطالعة والمباركة والمجازفة باعتبار إعطاء النظر وإعطاء البركة مرة فمرة، والدخول في الأمر اعتباطا مرة فمرة، فهو مثل ما إذا كان له الطرفان، إذ كما يكرر الفعل في الطرفين، كذلك كرر هنا.

والسعي إلى الفعل لم يظهر له وجه، فهل يفهم من

طالع الكتاب أنه سعى إلى النظر، ومن آوى أنه سعى إلى الإيواء، إلى غير ذلك.

ثم إن المعنيين الآخرين الذين ذكرهما غير واحد من الفقهاء، بأن كلا منهما يضرب الربح بسهمه، أو أنه من الضرب في المال وتقلبه، فكلاهما محتمل أيضاً، فإن تحصيل الربح نوع من ضربه، وكل منهما يقلب المال.

واحتمل الجواهر معنى رابعاً، وهو أن المالك يضرب في ربح العامل ويأخذه، والعامل يضرب في مال المالك ويأخذه للاسترباح.

وهنا احتمال خامس، هو أنهما يصافقان فيضرب كل منهما بيد الآخر عند التعامل.

والسادس هو أنهما يتشاكسان ــ كالتضارب ــ عند تقسيم الربح، من قبيل قولهم: تضارب الأداء، ثم الظاهر أن كلا منهما مضارب بالكسر.

نعم ذكر غير واحد أنه لم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسماً، لكن ذلك لا يكفي في العدم، بالإضافة إلى أنه ينتهي أخيراً إلى عدم سماع العرب يستعملون، وذلك أخص من الأمر، حيث إن اشتقاقات الألفاظ لم تسمع كلها من العرب، فهل يكفي ذلك في عدم استعمالنا لتلك الاشقاقات الواردة على القاعدة.

نعم في السماعات الأمر توقيفي، كما أن الاستعمالات بالنسبة إلى الله تعالى تحتاج إلى الورود، فلا يقال لله: معلّم وزارع ورامٍ، مع أنه استعمل له سبحانه: (علّم)، و(زارعون)، و(رمى).

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: الأولى أن يكون معنى المضاربة

والثاني من القرض بمعنى القطع، لقطع المالك حصة من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به، وعليه العامل مقارَض بالبناء للمفعول، وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل.

مغالبة الناس على أموالهم بالطرق الشرعية، والعامل هو الذي يقوم بهذه المضاربة دون المالك فتخص المضاربة به.

{والثاني من القرض بمعنى القطع} كما صرح به التذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم، وهما لفظان مترادفان على معنى واحد، كما نقله مفتاح الكرامة عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وغيرهم.

{لقطع المالك حصة من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به} وحيث إنه من باب المفاعلة، فاللازم أن يكون الأمر من الطرفين، والطرف الثاني يقطع شيئاً من أرباح المال، أو العامل يقطع ما يأخذه من رأس المال من المالك، والمالك يقطع بعض الربح، إلى غير ذلك.

{وعليه العامل مقارَض بالبناء للمفعول} ومقارِض بالبناء للفاعل، وكذلك المالك لما عرفت من اشتراكهما.

{وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل} ومضارَب بالبناء للمفعول، ومنه يظهر وجه النظر في كلام الماتن وغيره.

أما ما ذكره الجواهر من احتمال أن يكون القراض من المقارضة بمعنى المساواة والموازنة، يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، ومنه (قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك) بمعنى ساوهم فيما

يقولون ويعلمون. ولما كان العمل من العامل، والمال من المالك، فقد تساويا وتوازنا، انتهى.

فغير ظاهر الوجه، فإن القراض ليس بمعنى المساواة، وتقارض الشاعرين أخذ كل منهما من الآخر قريضاً، ومعنى (قارض الناس) عاملهم، أي خذ منهم كما يأخذون منك، ويدل عليه (لم يتركوك)، أي هم يأخذون منك على أي حال، إذاً فخذ منهم أيضاً.

{وكيف كان} فالمضاربة {عبارة عن دفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما} بالنسبة، تفسير المضاربة بالدفع كما عن النافع والتذكرة وفي المسالك وغيره فيه نوع مسامحة، كما نبه عليه المستمسك، لأن المضاربة من الإنشاءات والدفع أمر خارجي، ولعل المجاز بعلاقة السبب والمسبب، اللهم إلاّ أن يقال: إن الدفع للاتجار حقيقة المضاربة، إذ للاتجار مشتمل على معنى القصد فهو من قبيل المعاملات.

نعم يبقي عليه أنه لم يذكر في التعريف عقد المضاربة، مع أنها كسائر المعاملات قد تنعقد بالمعاطاة، وقد تنعقد بالعقد، أما في تعليقة السيد البرجردي (رحمه الله) حيث قال: (وحقيقتها في اعتبار الناس اشتراك شخصين في التجارة على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل، ويكون سهم الربح للمال وسهم منه للعمل، فليس فيها تعويض، ولا جعل حق للمالك على رقبة العامل، ولا للعامل على مال المالك).

لا أن يكون تمام الربح للمالك، ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك أن من دفع مالاً إلى غيره للتجارة تارةً على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة، وتارة على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده

ففيه: موارد للمسامحة، حيث لا حاجة إلى (اعتبار الناس)، كما ليست المضاربة الشرط، والسهمان للمتضاربين لا للمال والعمل.

ثم ما يأتي من المصنف في الشرط الثاني من اختيار صحة المضاربة مع كون المال بيد المالك فيتصدى العامل للمعاملة فقط، لا ينافي ما ذكره هنا من الدفع، إذ ليس المراد الدفع شخصاً، بل اعتبار إعطاء الاختيار بيد العامل، وإلا فليس كل عامل يتصرف في المال.

{لا أن يكون تمام الربح للمالك، ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك} كما ذكره الشرائع والتذكرة والمسالك والجواهر وغيرهم: {أن من دفع مالاً إلى غيره للتجارة} يكون الدفع {تارةً على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة، وتارة على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده}، هذا القيد لم يتعرض له الشرائع والتذكرة والمسالك، وأشكل عليه الجواهر بمنع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة، إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد، لا أنها من القرض المحتاج إلى إنشاء تمليك المال بعوض في الذمة، وقصد كون الربح للعامل أعم من ذلك، وإنما هو من اللوازم الشرعية لملك المال، ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحققه لفحوى

الصحيح، عن أبي جعفر (عليه السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السلام): «من ضمن تاجراً فليس له إلاّ رأس ماله وليس من الربح شيء»[1].

والموثق، عن أبي جعفر (عليه السلام): «من ضمن مضاربة فليس له إلاّ رأس المال، وليس له من الربح شيء فيها»[2].

لزوم الاقتصار على ذلك في ما خالف الضوابط الشرعية، ونمنع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلك، وأصالة الصحة لا تكون في المعلوم خلوه عن هذا القصد، ويمكن إرادة الفاضل والشهيد بيان حال كل من القراض والقرض، والبضاعة في حد ذاته، وحينئذ يخرج عما نحن فيه، انتهى ملخصاً.

أقول: الظاهر أن القرض عبارة عن دفع المال بدون توقع أن يكون الربح للمالك وعدم تحمل الضرر، إذ ليس القرض غير ذلك، ولا دليل على أن يشترط في القرض القصد الخاص، فكلامهم لا يخلو من وجه.

أما التهافت بين قصد المضاربة وكون الشيء قرضاً، فهو من باب التنافي بين الإشارة والوصف، فإن أراد حقيقة أن يكون المال عنده يتصرف فيه والربح له، كان قرضاً و لم يضر قصده كونه مضاربة، إذ لم يكن هذا القصد إلاّ من باب الاشتباه في التطبيق، وإن أراد حقيقة كونه مضاربة، كان مضاربة فاسدة

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٦٨ الباب٤ من أبواب أحكام المضاربة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٦٨ الباب٤ من أبواب أحكام المضاربة ح١.

وتارة على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة، وتارة لا يشترطان شيئاً،

إذ هو كما لو قصد نكاحاً لا يوجب المحرمية، حيث إن عدم شيء للمالك ينافي مقتضى العقد.

{وتارة على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعة} وسيأتي الكلام فيه.

{وتارة لا يشترطان شيئاً} من الأقسام الثلاثة السابقة، ولو في النية، إذ لو كان بناؤهما المبني عليه الإعطاء أحد الثلاثة، كان داخلاً في الشيء المبني عليه.

و لم يذكر المنصف قسماً آخر، وهو ما لو ذكرا كون الربح لشخص ثالث، أو أمر آخر كالمسجد، أو بعضه لأحدهما وبعضه للثالث، أو جعلا الربح لهما أو لأحدهما والثالث بالتقدير لا النسبة، كما لو علما أن الربح يزيد على عشرين في المائة، فقال: للمالك عشره، والباقي للعامل، أو للشخص الثالث.

والظاهر في الكل أنه إن كان هناك نص أو إجماع على البطلان فهو باطل، ويرجع في الربح على مقتضى الأصول الأولية، وإلا كان مقتضى القاعدة الصحة، حيث ذكرنا في بعض المجلدات الفقه أن الأصل في كل معاملة لم يذكر الشارع بطلانها الصحة، لإطلاق ﴿أوفوا بالعقود﴾[1] ونحوه.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة، وعليهما يستحق العامل أجرة المثل لعمله

{وعلى هذا} الذي لم يشترطا شيئاً {أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة} فإن المالك أعطاه بضاعة {وعليهما يستحق العامل أجرة المثل لعمله}.

أقول: أما الأول، بأن كان الشرط أن يكون تمام الربح للمالك، فظاهر جملة من الفقهاء كالتذكرة والمسالك عدم شيء للعامل، بل في الرياض نسبه إلى ظاهر الأصحاب، ثم قال: (وهو حسن إن لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه، وإلا فالمتجه لزومه) انتهى.

وما ذكروا هو الذي تقتضيه القاعدة، إذا كان المقصود للعامل إسقاط حرمة عمله، لأن العامل أسقط احترام عمله، فلا وجه لاستحقاقه شيئاً.

وما ذكره الجواهر من أن التصريح منهما بكون الربح بأجمعه للمالك أعم من التبرع بالعمل، وعدم إرادة الأجر عليه، فالتحقيق أن العامل يستحق الأجر، غير ظاهر الوجه، إذ لولا العرف والعادة حتى يجعل العمل غير مجاني، لا وجه لأجرة المثل في صورة كون معنى إسقاط الربح للعامل إسقاط كل حق له.

وإن شئت قلت: إن المال والعمل معاً جاءا بالربح، فهو مشترك بينهما، إلاّ إذا أعطى المالك ربحه للعامل، أو العامل ربحه للمالك، والعرف والعادة إنما يفيدان في عالم الإثبات لا عالم الثبوت، فإذا كان بناء أحدهما على العرف والعادة، كان العرف والعادة محكماً بالنسبة إليه، وإلا فالمعتبر القصد، فإذا أسقط العامل حقه لا وجه لحق له، كما أن المال كذلك في المالك.

ومنه يعلم أن جعل تمام الربح للمالك له ثلاث صور:

إلا أن يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطالب الأجرة، إلاّ أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الأجرة،

الأولى: إن له أجرة المثل.

الثانية: أن لا حق له.

الثالثة: عدم قصد شيء، وفي هذا الصورة مقتضى القاعدة أن يكون للعامل أجرة المثل، لأنه لم يسقط احترام عمله، ولعله إلى هذا يشير المستمسك، حيث قال: (استيفاء عمل الغير موجب للضمان كاستيفاء ماله حتى مع احتمال التبرع ما لم يثبت التبرع، وعلى ذلك استقرت طريقة العرف والعقلاء بلا رادع عنها) انتهى.

ومنه يعلم أن جعل الرياض الأصل عدم ضمان عمل العامل على المالك مع احتمال التبرع، وقد سبقه إلى ذلك المحقق الأردبيلي على ما حكي عنه، محل إشكال.

ومما تقدم يعلم وجه قول المصنف: {إلا أن يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع، و} عليه فــ {مع عدم الشرط} لعدم الأجرة {وعدم قصد التبرع} من العامل {أيضاً له أن يطلب الأجرة} أي له الأجرة فيطلبها، لوضوح أن حق الأجرة يوجب الضمان، طلبها أو لم يطلبها.

{إلا أن يكون الظاهر منهما}، الظاهر الذي بنيا عليه، لما تقدم من أن الظهور في عالم الإثبات والكلام في عالم الثبوت {في مثله عدم أخذ الأجرة}.

ومنه يعلم أن الاعتبار بقصد العامل، سواء قصد المالك ذلك أم لا، فإذا قصد

التبرع كفى في العدم وإن قصد المالك الأجرة، وإذا قصد الأجرة لم ينفع قصد المالك عدمها، فقول المصنف: {الظاهر منهما} فيه نوع مسامحة.

{وإلاّ فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع} استدل بذلك الجواهر، ويدل على احترام عمل المسلم قوله (عليه السلام): «لايتوى حق امرئ مسلم»[1]

وقوله (عليه السلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل».

ويعلم أن حق كل أحد محترم ولو لم يكن مسلماً إذا كان في ذمة الإسلام أو محايداً، بالإضافة إلى أنه المركوز في أذهان المتشرعة والسيرة: أنه مقتضى احترام أنفسهم وأموالهم وأعراضهم الذي أجمع عليه النص والفتوى، كما ذكرناه في كتاب الجهاد وغيره.

لكن لا يخفى أن عمله محترم إذا كان بسبب طلب الذي عمل له، أو كان له أثر مالي في الخارج، مثلاً طلب منه أن يبني داره، أو بنى داره بغير طلب مما صارت للبناء قيمة جديدة غير قيمة الأرض وآلات البناء.

أما إذا لم يكن أحد الأمرين، لم يكن وجه لضمان المالك، كما إذا عمل شيئاً بدون إذنه، ولم تكن له القيمة خارجاً، كما إذا صبغ ثوبه بما لم يزد التصبيغ قيمته، ذلك لأن «لا يتوى» ونحوه لا يأتي في المقام، ولا دليل آخر على أن مثل هذا العمل محترم، فالأصل البراءة.

نعم إن قال له: اصبغ، كان له أجر عمله، أو كان التصبيغ يوجب مزيد القيمة.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ من أبواب نوادر الشهادات ح١.

{ما لم يقصد التبرع}، ثم لا يخفى أن قصد التبرع إنما يسقط أجره إذا كان له ذلك، أما إذا كان دون البلوغ لم يكن وجه لسقوط الأجرة بقصده، إذ لا حق للطفل في التصرف في أمواله، فدليل الحجر يشمل المقام.

{ويشترط في المضاربة الإيجاب والقبول} وذلك لأنه عقد، والعقد بحاجة إليهما، بخلاف الإيقاع الذي لا يحتاج إلاّ إلى طرف واحد.

ومن الواضح أن العقد إنما يكون إذا كانت هناك ولايتان كالنكاح والبيع والهبة، لأن لكل من الطرفين ولاية التصرف في نفسه في النكاح، وولاية التصرف في ماله بأن يدخل في ملكه أو يخرج من ملكه في البيع والهبة، فإن دخول شيء في ملك الإنسان بدون إجازته كخروجه بدون إجازته خلاف قاعدة: «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»[1].

أما الإبراء فليس دخول الشيء في ملك من كان في ذمته، بل نوع إعراض من المالك، يتبعه سقوط قهري، فلا ينافي ذلك قاعدة التسلط.

ومنه يعلم أن احتياج المضاربة إلى الإيجاب والقبول ليس مستنداً إلى الإجماع، وإن ادعي الإجماع عليه، بل مستند إلى القاعدة.

أما هل أنه يصح أن يوجب كل منهما في قبال قبول الآخر، أو اللازم إيجاب المالك، وقبول العامل، ظاهرهم المتسالم عليه، كما يستفاد من كلماتهم الثاني، وإن كان لا يبعد الأول أيضاً، لأن الأمر إعطاء أحدهما المال والآخر العمل ويكون لهما الربح، وأي دليل على أن

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣.

يكون الإيجاب من المالك، بل نقول مثل ذلك في كثير من المعاملات وحتى النكاح ـــ إن لم يكن إجماع أو دليل قطعي ـــ يصح إيجابه من أي منهما، لأن كلاً منهما يعطي نفسه في قبال الآخر.

ويؤيد صحة هبة المسلمة نفسها للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، فإنه إيجاب منها، وقبول منه (صلى الله عليه وآله وسلم)[1].

نعم يمكن فرض الإيقاع في نكاح صغيرين من ولي واحد لهما، أو بيع مال صغيرين أو مضاربة مال وعمل سفيهين من ولي واحد لهما، حيث إن الولي يجعل هذه زوجة هذا، أو يجعل مال هذا في قبال مال هذا، أو يجعل شيئاً من ربح مال أحدهما في قبال عمل الآخر، إلى غير ذلك، كما نبه عليه المستمسك، ثم قال: (بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك، نعم إذا كان وكيلاً عن أحدهما على الإيجاب، ومن الآخر على القبول تعيّن الإيجاب والقبول معا).

وفيه تأمل، حيث إن الوكيل منهما ينحل أمره إلى أن يوجب من طرف ويقبل من الآخر، اللهم إلاّ أن يقال: يصح إيقاع واحد يجعلهما زوجين، وهذا وإن أمكن باعتبار العقلاء إلاّ أنه مشكل في باب الزواج المبني على الاحتياط.

{ويكفي فيهما كل دال قولاً أو فعلاً} وذلك لعدم دليل على لزوم اللفظ ، فالأصل عدمه، كما هو كذلك في كل عقد أو ايقاع لم يدل على لزوم اللفظ فيه دليل، كما ذكروه في باب المعاطاة، وإنما كان الأصل صحة الفعل أيضاً، لأن كلاً من

(١) انضر القمي: ج٢ص١٥٩ ذيل الآية ٥٠ من سورة الأحزاب.

اللفظ والفعل إشارة إلى ما في الباطن، فلا فرق بينهما.

لكن ظاهر الرياض لزوم أن يكون الإيجاب باللفظ، لأنه قال: (ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه، وفي اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه بالفعل أيضاً قولان) انتهى.

لكن هذا غير تام، فقد قال في مفتاح الكرامة: (ومعنى ما في المبسوط وفقه الراوندي والوسيلة والغنية والنافع والتبصرة واللمعة والروض والروضة والمفاتيح، وكذا النهاية من قولهم إن القراض والمضاربة أن يدفع مالاً إلى غيره، إلى آخره، فإن فيه تنبيهاً على أنه لا يختص لفظاً، بل قد يقضي ذلك بأنه لا يحتاج إلى اللفظ، ويكفي فيها المعاطاة، ولا ريب عندنا في جريانها فيها) انتهى كلامه.

وصاحب الجواهر مال إلى جريان المعاطاة فيها، لإطلاق ما دل على صحة المعاطاة في البيع، لكنه بعد ذلك قال: (وعلى كل حال، فلا خلاف في اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها، ولذا قال في المستمسك: إن العمومات كافية في رفع الأصل والمنع عن جريانه).

أقول: ومما ذكر في الإيجاب يظهر الكلام في القبول، ولذا نجد أن غير واحد من معلقي المتن لم يعلقوا على قول المصنف: {قولاً أو فعلاً}، بل لم أجد فيهم على كثرتهم حتى واحداً استشكل في كفاية القول، بل الظاهر أن من الفعل استمراره، كما إذا جلس العامل لتقبل المضاربات فجاءت جماعة كل منهم يعطيه

والإيجاب القولي كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت.
ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار

ديناراً للمضاربة يوضعه في صندوقه الذي أمامه، فإنه فعل أيضاً، سواء قلنا بتجدد الأكوان أم لا.

{والإيجاب القولي كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى} وفي القواعد: قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك.

أقول: وليس مراده هذه الألفاظ فقط، لأنه قال في التذكرة بعد أن ذكرها: ولا يختص الإيجاب لفظاً كما حكي كذلك عن المهذب البارع والتحرير والتنقيح وغيرهم.

{فيقول: قبلت} وحيث قد تقدم أن المضاربة من الطرفين، كان مقتضى القاعدة صحة أن يقول هذه الألفاظ العامل أيضاً، ويقبل المالك، وإذ قلنا في البيع بصحة التبادل بدون أن يكون أحدهما موجباً والآخر قابلاً، أتى ذلك الكلام في المقام أيضاً، فكلاهما موجبان.

{ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ} المقطوع به في كلماتهم، الدال عليه ما ذكروه في كتاب الحجر وغيره من أنه لا يجوز أمر الغلام، لكن ربما يورد على ذلك صحة تصرفات الغلام في الجملة، وقد ذكرنا وجهه في بعض المجلدات الفقه.

وعليه فلا يبعد صحة جعله عاملاً، بل ومالكاً بإجازة المولى في الجملة، فيما كان يعمل العمل ونحوه، ولذا ذهب بعض إلى كراهة معاملة الصبيان.

{والعقل} المشترط في كل المعاملات نصاً أو إجماعاً.

{والاختيار} فإن معاملة المكرَه باطلة، كما ذكروا في كتاب الحجر والبيع

وعدم الحجر لفلس أو جنون، أمور:

الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين

وغيرهما، نعم الاضطرار ــ الذي يقابل بالاختيار أيضاً ــ لا يبطل العمل، وقد ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) بحثاً حول الاضطرار الأجوائي.

{وعدم الحجر لفلس} في المالك، أما العامل فلا مانع في حجره.

{أو جنون} كأنه من سهو القلم بدل أو (سفه) لأنه محجور عليه، لوضوح أن الجنون ذكر قبل ذلك، وهل يشترط عدم السفه في العامل، كما قال به المستمسك، وعلله بعدم الفرق في حجر السفيه بين أن يكون المال عيناً أو عملاً، أو لا يشترط، كما قال به بعض المعلقين، لأن ظاهر أدلة السفه منعه عن ماله، لا عن عمله، كما قال سبحانه: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ﴾[1]، والعمل لا يسمى مالا، احتمالان، الإطلاق يقتضي الثاني، والمناط الأول.

{أمور، الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعة ولا بالدين} ذكر ذلك غير واحد، بل عن التذكرة وجامع المقاصد وغيرهما، كما في المسالك والرياض والجواهر وغيرهم، دعوى الإجماع، أو الاتفاق، أو لا خلاف عليه.

لكن في مفتاح الكرامة عند قول العلامة (أن يكون نقداً): (أي دراهم أو دنانير، كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا إشكال إلاّ من مولانا الأردبيلي، وقد ظهر ذلك من الكاشاني، نعم خلت منه المقنعة والمراسم والنهاية والكافي، ولعلهم ليسوا مخالفين، كما خلي المقنع والانتصار عن

---

(١) سورة النساء: الآية ٥.

الباب بالكلية) انتهى.

ومن ذلك يظهر أن اكتفاء الجواهر بالإجماع في اعتبار كون المال عيناً وكونه دراهم ودنانير، بعد إشكاله في سائر الأدلة المذكورة لذلك، غير ظاهر.

إذ قد عرفت عدم الإجماع، نعم لا شبهة أنه مشهور، وعليه فالأدلة على الصحة بالنسبة إلى المنفعة والدين بله غيرهم الدرهم والدنيار من النقد وغيره إطلاقات الأدلة، مثل: ﴿أوفوا بالعقود﴾، و﴿تجارة عن تراض﴾، وإطلاقات أدلة المضاربة، بعد تحقق موضوع العقد والتجارة والمضاربة عرفاً في كل ذلك.

أما الأدلة التي استدل بها القائل بالمنع من أصالة الفساد وأصالة عدم الأثر والقدر والمتيقن، وأن الآيتين تدلان على الصحة، لا على كونها مضاربة، والإطلاقات غير الواردة في مقام البيان من هذه الجهة، كما في الرياض وغيره، فلا يخفى ما في الجميع.

لأن الأصل والقدر المتيقن لا مجال لهما مع الأدلة، وإذا صدق موضوع المضاربة عرفاً لا وجه لمنع دلالة الآيتين، والإطلاق إطلاق فمن أين عدم شموله لمثل المقام، وإلا لتمكن كل مانع عن أي إطلاق أن يقول ليس الإطلاق من هذه الجهة.

نعم في المقام رواية يمكن أن يستدل بها المانع عن جعل الدين رأس المال، وهي: ما رواه السكوني ـــ حسب ما رواه المشايخ الثلاثة ـــ عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل له على رجل مال

إلا بعد قبضه، ولو أذن للعامل في قبضه ما لم يجدد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه

فيتقاضاه ولا يكون عنده، فيقول هو عندك مضاربة، قال: «لا يصلح حتى تقبضه منه»[1].

حيث دل على عدم صحة جعل الدين رأس المال في المضاربة، لكن هذه الرواية، وإن كان سندها حجة، إلاّ أن في دلالتها ضعف، حيث إن ظاهر (لا يكون عنده) أنه لا رأس المال، ومن المعلوم لا تصح المضاربة بدون رأس المال، فيكون معنى (حتى تقبضه منه) أن يجعل المال خارجياً، وهذا لا ربط له بعدم صحة جعل الدين رأس مال، كما إذا طلب زيد من عمرو ديناراً فقال له: اجعله رأس المال ولي نصف الربح.

لا يقال: وإذا كان المديون لم يملك كيف يطلب منه الدائن المضاربة.

لأنه يقال: لا بد من إرادته إعطاء شيء ربحاً للدين، فيكون شبيهاً بالربا، فعدم جعل الدين مضاربة {إلاّ بعد قبضه} محل إشكال.

أما قوله المصنف: {ولو أذن للعامل في قبضه مالم يجدد العقد بعد القبض} فوجهه أنه لا يصح العقد قبل القبض، على مبناهم.

{نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه} أي

(١) الوسائل: ج١٣ص١٨٧ الباب ٥ من أبواب أحكام المضاربة ح١.

بأن يكون موجباً قابلاً صح، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً، إلاّ أن يوكله في تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولي الطرفين.

وقبل بعد إيجابه الوكالي، فإنه لا يصح عطف (والقبول) على (الإيجاب)، لأن القبول ليس من متعلقات (وكّله).

{بأن يكون موجباً قابلاً صح} لأن رأس المال صار عيناً حينئذ، فإن إطلاقات أدلة الوكالة تشمله.

{وكذا لو كان له على العامل دين}، من أي أنواع الدين كان من جهة الغضب أو الإتلاف أوغير ذلك، {لم يصح جعله قراضاً} عند المشهور، {إلا أن يوكله في تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولي} العامل {الطرفين} أو بنحو التوكيل عن مالك رأس المال، أو عن نفسه، فيكون العامل متولياً لأحد الطرفين، أو يوكل إنساناً ثالثاً عنهما، أو إنسانين.

ثم إن المالك لو قال له: اجعل الدين عيناً أول الشهر واجعله مضاربة على النصف، فلم يجعله أول الشهر، فيما لو جعله كذلك لكان ربح ديناراً، فقد فوّت المديون نصف ديناراً على المالك، حيث إنه لو أعطاه ماله أعطاه المالك إلى عامل آخر وحصل نصف الدينار، فهل يضمن العامل ذلك؟

بناؤهم على عدم الضمان للأصل، لكن يمكن احتمال الضمان في أمثال هذه الموارد، لأنه فوّت حقه

الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة، بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض، بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى الإجماع

عرفاً، وقد ورد «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، والمستفاد منه الضمان لا مجرد التكليف، وأي فرق بين المقام وبين استيلاء الغاصب على داره، حيث فوّت عليه منافعها، وقد ذكر بعضهم في كتاب الغصب الضمان بالنسبة إلى ما لو استولى على إنسان حر ففوّت منافعه.

{الثاني} من شروط القراض {أن يكون} رأس المال {من الذهب أو الفضة المسكوكين بسكة المعاملة، بأن يكون درهماً أو ديناراً} وإن كان ظاهرهم كل سكة فضة أو ذهب وإن لم يكونا بعنوان الدرهم والدينار، {فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم، وإن لم يكن عليه دليل سوى الإجماع}.

ادعى لا خلاف أو الاتفاق أو الإجماع عليه التذكرة والروضة والمسالك والمفاتيح وجامع المقاصد، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، إلى غيرهم.

وربما استدل له أيضاً بما في بعض الروايات من ذكر الدرهم، مثل رواية عبد الملك: «أعط الرجل ألف درهم أقرضها إياه، وأعطه عشرين درهماً يعمل بالمال كله»[2].

وروايته الأخرى: «إذا دفعت المال وهو خمسون ألفاً، عليك من هذا المال عشرة آلاف درهم قرض، والباقي معك تشتري لي بها»[3].

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب من أابواب نوادر الشهادات ح٥

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٤ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٤ ح٤.

نعم تأمل فيه بعضهم وهو في محله، لشمول العمومات، إلاّ أن يتحقق الإجماع وليس ببعيد فلا يترك الاحتياط.

{نعم تأمل فيه بعضهم}، فقد تقدم في الشرط الأول إشكال جمع وسكوت آخرين، وقال في الحدائق: (إن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات لعدم ثبوت كونها دليلاً شرعياً، فإنه لا منع عنده من الحكم بالجواز في غير النقدين نظراً إلى عموم الأدلة على جوازه، وتخصيصها يحتاج إلى دليل شرعي وليس فليس).

والدليلان المتقدمان لا يخفى ما فيهما، إذ لا إجماع صغر، ولا حجية فيه ــ لو كان ــ كبرى، لاحتماله الاستناد، حيث قد عرفت عدم تعرض جملة من الفقهاء لهذا الشرط، بل لعل ظاهر الخلاف وغيره أن المسألة ليست إجماعية، لأنهم تمسكوا بعدم الدليل على الصحة دون الإجماع، وإنما ادعوا الإجماع وعدم الخلاف في صحة مضاربة الدرهم والدينار.

أما الروايات فلا دليل فيها، لأنها من مفهوم اللقب، بل ربما يؤيد صحة غير الدرهم والدينار: أن البضاعة كانت الرائجة في زمن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، وعباس عمه (صلى الله عليه وآله وسلم) كان يضارب[1]، كما في الروايات وصححها رسول الله (صلى الله عليه آله وسلم) مما يستأنس له بكون مضاربته أعم من النقد، وإن كان في الاستيناس ما فيه.

وكيف كان، فمنه يعلم وجه قول المصنف: {وهو في محله، لشمول العمومات} والإشكال فيها قد تقدم دفعه {إلا أن يتحقق الإجماع، وليس ببعيد فلا يترك الاحتياط}

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب١ من أبواب أحكام المضاربة ح٧.

ولا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به،

لكنك قد عرفت عدم الإجماع، ولذا ذهب غير واحد من المعاصرين إلى جوازه، وما في المستمسك من (أن مراد الأصحاب إن كان عدم صحة المضاربة بغير الدينار والدرهم، فهو في محله، للأصل بعد عدم كون المعاملة حينئذ مضاربة عند العرف، ولا حاجة إلى دعوى الإجماع في ذلك، وإن كان مرادهم عدم الصحة أصلاً، ولو بعنوان المضاربة فهو غير ظاهر، ولم يثبت إجماعهم عليه كما عرفت ذلك في اشتراط السابق) انتهى.

يرد عليه أن المعاملة مضاربة عرفاً، وإن صح كلامه بأنه تثبت المعاملة إن لم تصح المضاربة، لما ألمعنا إليه غير مرة من أنه لا دليل على حصر المعاملات في المذكورات في الروايات وكتب الفقه، لإطلاق الأدلة.

{و} كيف كان فــ {لا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به} كما عن إطلاق فقه الراوندي والنافع واللمعة والتبصرة والروضة والكفاية وغيرهم، حيث أطلقوا الدرهم والدينار، ولم يقيدوها بالصحة ونحوها. خلافاً لمن قال بعدم صحة المضاربة بالمغشوشة، كما حكي عن الخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع، وجملة من كتب العلامة، والروض والمسالك.

وفصل التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ـــ على ما حكي ـــ بين ما لا يتعامل به من المغشوش فلا يصح، وبين ما يتعامل به فيصح.

وفي مفتاح الكرامة: إن كلام القدماء خال عن هذا القيد، وحيث قد عرفت أن مبنى مشترط أن يكون درهماً أو ديناراً صدق الاسم، فهو المعيار وإن كان مغشوشاً، ولذا تجب فيهما الزكاة، كما ذكر ذلك في الجواهر.

مثل الشاميات والقمري ونحوها.

نعم، لو كان مغشوشاً يجب كسره بأن كان قلباً لم يصحّ وإن كان له قيمة فهو مثل الفلوس.

نعم إذا كان الغش بحيث يسلب صدق الذهب والفضة لغلبته الخليط لم تصح المضاربة، لعدم الصدق، كما صرح بذلك المستمسك، ولعل المصنف إنما قال (يعامل به) لأجل بيان ما ذكرناه.

أما قوله: {مثل الشاميات والقمري ونحوها} فلا يهم التكلم حولها بعد انتفاء الموضوع في الحال الحاضر.

{نعم لو كان مغشوشاً يجب كسره إن كان قلباً} بأن لم يكن حقيقة الذهب والفضة، بل كان مشبهاً بهما، مما يوجب خداع الناس، ولذا وجب كسره، {لم يصح} إذ ليس ذهباً ولا فضةً {وإن كان له قيمة} باعتبار صورته، إذ لا عبرة بالقيمة وإلا فالعروض أيضاً له قيمته.

{فهو مثل الفلوس} المصنوع من الحديد أو النيكل، حيث لا تصح مضاربتها وإن كانت له قيمة، وقد صرح بعدم صحة المضاربة بالفلوس، الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والمسالك وغيرهم، بل عن التذكرة عند علمائنا، كما نقل عنهم مفتاح الكرامة وغيره.

ثم إن وجوب الكسر ذكر في بعض الروايات، مثل: خبر المفضّل بن عمر الجعفي، المرويّ عن الشيخ، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فألقي بين يديه دراهم، فألقى إليّ درهماً منها فقال: «أي شيء هذا»، فقلت: ستوق، فقال: «وما الستوق»، فقلت: طبقتين فضة وطبقة من نحاس وطبقة

من فضة، فقال (عليه السلام): «اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا ولا إنفاقه»[1].

قال في الوسائل: (هذا محمول على كونه غير معلوم الصرف ولا جائزاً بين الناس فلا يجوز إنفاقه، إلاّ أن يبين حاله، ذكره الشيخ وغيره، ويحتمل الحمل على الكراهة)[2].

أقول: وكأنه لذا قال الجواهر: الظاهر عدم وجوب الكسر وإن نص عليه في الخبر السابق، إلاّ أني لم أجد من أفتى به بل والفتوى وباقي النصوص على خلافه.

ثم الظاهر إن الكسر كناية عن عدم جواز الانتفاع به، فيما كان غشاً للطرف الآخر، أو كان غبناً، أما إذا لم يكن أحدهما جاز الانتفاع لعدم دليل على العدم، بل يشمله إطلاقات أدلة التعامل، وهذه الرواية لا بد من حملها على الكراهة، أو على صورة عدم الجواز، لبعض الروايات الآخر الدالة على الجواز.

مثل صحيح محمد بن مسلم، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعها، قال (عليه السلام): «إذا بين للناس ذلك فلا بأس»[3].

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: جاءه رجل من أهل

(١) الوسائل: ج١٢ ص٤٧٣ الباب١٠ من أبواب الصرف ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٤٧٣ الباب١٠ من أبواب الصرف ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٢ ص٤٧٣ الباب١٠ من أبواب الصرف ح٢

ولو قال للعامل: بع هذه السلعة وخذ ثمنها قراضاً، لم يصّح إلاّ أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نض ثمنه.
الثالث: أن يكون معلوماً قدراً ووصفاً

سجستان، فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهية يحمل على الدرهم دانقين، فقال: «لا بأس إذا كانت تجوز»[1].

إلى غيرهما مما ذكروه في باب الصرف، وعليه يشكل الكسر إذا كان إسرافاً، فالحمل على الكراهة في الرواية السابقة محل نظر.

{ولو قال للعامل: بع هذه السلعة} بالدينار أو الدرهم {وخذ ثمنها قراضاً، لم يصح} لفقد الشرط الأول كما في المستمسك، {إلا أن يوكله في تجديد العقل عليه بعد أن نض ثمنه} إلاّ أن يقال: لا يحتاج إلى تجديد العقد فإن مثل الكلام السابق وكالة في إجراء المعاطاة، وعلى هذا فالأقوى كفاية مثل الكلام المتقدم.

{الثالث} من شروط رأس المال {أن يكون معلوماً قدراً ووصفاً} على المشهور، قال في المفتاح الكرامة عند قول العلامة: {فلا تصح عل المجهول قدره}: بلا خلاف إلاّ من المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعة، وكذا مجمع البرهان، وقد يظهر ذلك مما ترك فيه اشتراط ذلك، كالمهذب والغنية والسرائر وغيرها.

ثم إن المشهور الذين قالوا بالاشتراط استدل لهم بالأصل، وبعدم صدق

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٤٧٣ الباب ١٠ من أبواب الصرف ح٦.

ولا تكفي المشاهدة وإن زال به معظم الغرر.

المضاربة، وبما ورد من أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) نهى عن الغرر[1].

{و} عليه {لا تكفي المشاهدة وإن زال بها معظم الغرر}، فقد حكي عن المبسوط الاكتفاء في جواز المضاربة بالمشاهدة لزوال معظم الغرر، وأشكل عليه بأن بقاء بعض الغرر غرر، فيشمله النهي، وردّ بأن مراد الشيخ أن ما يبقى لا يسمى غرراً عرفاً حتى يشمله النهي المتقدم.

وكيف كان، فالظاهر عدم هذا الشرط، لإطلاق أدلة المضاربة بعد صدق المضاربة، والاستدلالات المذكورة غير تامة، إذ لو أريد بالأصل أصالة عدم كونه مضاربة فلا مجال للأصل بعد صدقها عرفاً، ولو أريد أصالة الفساد وعدم ترتب الأثر، ففيه: إن الإطلاق مانع عن الأصل، وبذلك يعرف عدم تمامية كونها ليست مضاربة.

وأما الحديث، ففيه بعد تسليم السند ولو بمعونة الشهرة الجابرة، أنه لا نسلم صدق الغرر في كل مورد، فالدليل أخص من المدعى، ولذا قال في الجواهر: (والتحقيق إن لم يكن ثم إجماع عدم قدح الجهالة التي تؤول إلى علم، نحو أن يقع العقد على ما في الكيس مثلاً ثم يعدّانه بعد ذلك، لإطلاق الأدلة أو عمومها. أما الجهالة التي لا تؤول إلى علم، فالظاهر عدم جوازها، لعدم إمكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة) انتهى.

وإن كان يرد على شقة الثاني أولاً: بإمكان تحقق الربح، فإنه إذا لم يعلم كم

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٦٦ الباب ١ من أبواب لا يجوز بيع ما يضربه الصياد ح١٣.

في الكيس، واشترى بكل دينار منه كتاباً ثم باع كل كتاب بدينار وربع ظهر الربح، وأنه خمس المجموع.

وثانياً: بأن الجهالة في مثل ذلك مثلها مثل الجهالة في الشركة ونحوها، فهل يستشكل فيما إذا خلط أحدهما لبنه بلبن الآخر، ولا يعلم كم لبن كل منهما، ومن البعيد جداً أن يمنع ذلك الجواهر أو غيره، ويكون المحتمل عند الاختلاف موازين القضاء من قاعدة العدل والقرعة وغيرهما.

ومنه يعلم أن قول المستمسك إنه لو استدل على بطلان المضاربة بقصور الإطلاق عن إثبات الصحة، فالمرجع الأصل المقتضي للبطلان كان متيناً، غير ظاهر الوجه، لما تقدم من أنه لا وجه لمنع الإطلاق.

{الرابع} من شروط رأس المال: {أن يكون معيناً} وقد استدل له بالأصل، وبالغرر، وبالإجماع، وبأن المبهم المردد لا وجود له في الخارج.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ قد عرفت في الشرط الثالث عدم تمامية الأولين.

أما الإجماع فالظاهر أنه غير موجود، قال في محكي مجمع البرهان: كان دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور إجماع، وقال في موضع آخر منه: إن عدم كون التعيين بالمعنى المذكور مضراً غير ظاهر.

أقول: كيف ينعقد الإجماع، وقد قال في مفتاح الكرامة: إنه لم يذكر هذا الشرط إلاّ عشرة كتب فقط، فراجع كلامه، ولذا أشكل غير واحد من المعلقين على هذا الشرط.

ومنه يعلم وجه النظر في ادعاء المستمسك الإجماع عليه، كما ظهر

فلو أحضر مالين وقال: قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت، لم ينعقد إلاّ أن يعين ثم يوقعان العقد عليه. نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه،

الإشكال في قول المصنف.

{فلو أحضر مالين، وقال: قارضتك بأحدهما، أو بأيهما شئت، لم ينعقد، إلاّ أن يعين ثم يوقعان العقد عليه}.

أما الاستلال على البطلان بأنه مردد، ففيه: إنه يعين بتعيين العامل، فهو مثل أن يقول: خذ أي المالين شئت هبة، نعم هو خلاف الاحتياط.

قال في القواعد: لو دفع إليه كيسين فقال: قارضتك على أحدهما والآخر وديعة، لم يعين، أو قال: قارضتك على أيهما شئت، لم يصح، ومثله قال غيره.

{نعم لا فرق بين أن يكون مشاعاً} على نحو الكسر المشاع، أو الكلي في المعين {أو مفروزاً} لإطلاق أدلة الصحة، بل في مفتاح الكرامة: وقد جوز القراض بالمال المشاع، وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

ولا شك في الصدق، فقول المستمسك: (لو فرض الشك في الصدق، لاحتمال اعتبار الإفراز في صدق المفهوم عرفاً، فالإطلاق لا مجال للتمسك به، بل المرجع أصالة عدم الأثر) غير ظاهر الوجه.

وقول المصنف: {بعد العلم بمقداره ووصفه} بناءً على ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار الذي قد عرفت الإشكال فيه.

فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، وكذا لو كان للمالك مائة دينار مثلاً فقال: قارضتك بنصف هذا المال، صح.

ومما تقدم ظهر عدم الإشكال فيما ذكره المصنف بقوله: {فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتي في هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع} وإن كان مقتضى ما ذكره المصنف الإشكال في نفس هذا المثال إذا لم يعرف العامل أو المالك قدر الثلث والربع، كما لو مات الأب وخلف ولداً وبنتاً وكان له مال في صندوق لم يعلم هل أنه ثلاثمائة أو أكثر، فإن مجرد العلم بأن للولد ثلثين لم ينفع في جعله مضاربةً بعد عدم علمه بالقدر، ولعل المصنف أراد عرفان المقدار.

{وكذا} مقتضى القاعدة الصحة كما عرفت {لو كان للمالك مائة دينار مثلاً، فقال: قارضتك بنصف هذا المال، صح} لما تقدم من إطلاق الأدلة الشامل للمشاع.

والحاصل أن كلاً من الجهالة في المالك والعامل والمال لا يضر بصحة المضاربة، فلو كان صاحب المال مجهولاً للعامل، لكنه وضعه للمضاربة، صح أخذه من العامل بالمعاطاة، كما أنه كذلك إذا كان العامل مجهولاً للمالك، وهكذا إذا كان المال مجهولاً، ولذا قال في مفتاح الكرامة: إنها تحمل من الجهالة ما لا تحمله العقود اللازمة.

ومنه تعلم صحة المضاربة إذا لم يعرف أحدهما الآخر، ولا عرف أي

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معينا والبقية للآخر، أو البقية مشتركة بينهما لم يصح.

منهما مقدار المال وكانت معاطاة في البين، وإن كان الاحتياط مراعاة ما ذكروه، والله العالم.

{الخامس} من شروط المضاربة: {أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر، أو البقية مشتركة بينهما، لم يصح} واستدل لذلك بأمور.

الأول: ما قاله الجواهر من أنه لو كان لأحدهما شيء معين والباقي للآخر بطل إجماعاً، وقال في الحدائق: الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه يشترط في الربح الشياع.

وقال في المستمسك: ويظهر من كلمات غير الحدائق الإجماع على الحكم المذكور.

الثاني: ما ذكره الشرائع من أنه لا يوثق بحصول الزيادة فلا تحقق الشركة.

الثالث: ما ذكره مفتاح الكرامة، قال: لأنه خلاف وضع القراض وهو خلاف مقتضى العقد.

الرابع: إنه خلاف ظاهر الروايات الدالة على الشياع، مثل قول السائل في خبر عبد الملك: فما أصبت منها جميعاً فهو بيني وبينك، فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال: «لا بأس به»[1].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٤ الباب٢ من أبواب أحكام المضاربة ح١.

وفي الرواية المرادي: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقول للرجل: أبتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك، قال (عليه السلام): «لا بأس»[1].

وفي رواية الحلبي: «وإن ربح فهو بينهما»[2].

إلى غير ذلك.

الخامس: ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال في الرجل يعطي الرجل مالاً يعمل به على أن يعطيه الربح مقطوعاً، قال: «هذا الربا محضاً»[3].

لكن كل هذه الوجوه لا تفي بإطلاق ما ذكروا:

فالإجماع غير موجود في المسألة، مع أنه لو كان كان محتمل الاستناد بل مظنونه.

والثاني أخص من المدعى.

والثالث غير ظاهر، إذ لا وجه لجعله خلاف مقتضى العقد، والحال أنه يتعارف مثل ذلك فيقول صاحب المال للعامل: اعمل وخذ كل يوم مقدار دينار لمصرفك والربح بعد ذلك بيننا.

والرابع لا دلالة فيه إلاّ من باب مفهوم اللقب، بالإضافة إلى أن (بينهما) ونحوه أعم، والإنصراف لو كان فيقرب أن يكون بدوياً.

والخامس أولاً: لا دلالة فيه بالنسبة إلى جعل شيء مقطوع للعامل.

وثانياً: إن الرواية إنما تعرضت بصورة ما كان الأمر رباً، أما إذا لم يكن، كما لو علم أن ألف رأس المال يربح ما لا يقل من خمسمائة، فقال المالك: أعطني مائة والبقية أثلاثا مثلاً، لم يكن ذلك من الربا الذي هو محتمل أن لا يربح أو يربح بقدر الربا أو أقل منه أو أكثر، ولذا ذهب جمع من المعاصرين إلى الإشكال في هذا الشرط، وليس

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٥ الباب٣ من أبواب أحكام المضاربة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب١ من أبواب أحكام المضاربة ح٢.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠١ الباب٢ من أبواب أحكام المضاربة ح٢.

المراد إسقاط هذا الشرط رأساً، بل إسقاط اشتراطه مطلقاً، ومع ذلك فالأحوط مراعاته.

نعم فيما يستلزم الربا لم يصح، لا لخبر الدعائم[1]، حتى يقال إنه ضعيف السند، بل لأدلة حرمة الربا.

{السادس} من شروط المضاربة: {تعيين حصة كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك}، أقول التعيين على أقسام:

الأول: ما ذكره، وصحته إجماعي، كما يدل عليها النصوص أيضاً.

الثاني: أن يقول لك جزء أو حظ أو نصيب، وهذا لا يصح، لأنه خلاف أدلة المضاربة عرفاً وشرعاً، ويشمله دليل نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، وقد صرح بعدم صحة مثل ذلك مفتاح الكرامة وغيره، ولعله المراد من عبارة القواعد، حيث قال: أن يكون الربح مقدراً بالجزئية لا بالتقدير كالنصف أو الثلث.

الثالث: أن يقول: لك ثلث أو ربع مثلاً، بأن جعل له الشيء المردد، وهذا لا يصح لأنه غرر، وخلاف مقتضى المضاربة، وفي المستمسك استدل له بأن المردد لا يقبل الملك، كما لا يقبل غيره من الأحكام، وإن كان فيه نظر، فإن كثيراً من الأحكام تترتب على المردد، كما إذا قال في الوصية: أعط زيداً

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠١ الباب٢ من أبواب أحكام المضاربة ح٢.

أوعمرواً ديناراً، أو أعط ديناراً أو دينارين لزيد، أو أباح له أن يجلس في داره شهراً أو شهرين، أو أباح أن يجلس في داره زيد أو عمرو، أو أباح لزيد أن يجلس في داره الشرقية أو الغربية، إلى غير ذلك من الأمثلة.

الرابع: أن يقول: لك بالنسبة العادلة، حيث لا يعلمانها هل هي الثلث أو الربع، أو أقل أو أكثر، في ما إذا كان في الواقع مقداراً خاصاً، فإن العقلاء يجعلون لكل من رأس المال وللعمل نسبة خاصة من الربح، ومقتضى القاعدة الصحة، لإطلاق أدلة مضاربة وأدلة العقود، وعدم محذور في ذلك من غرر أو نحوه، وإن كان ظاهر بعضهم المنع في أمثال ذلك.

الخامس: أن يقول: لك مثل ما أعطى التاجر الفلاني لعامله، وظاهر كلامهم الإشكال في ذلك، إما لأنه غرر وإما لأنه خلاف مقتضى المضاربة وإما لانصراف أدلة المضاربة عن مثله، لكن الظاهر الصحة لبطلان الوجوه المذكورة، ولذا قال في المستمسك: (لو قال: لك مثل ما شرط فلان، فدليل بطلانه غير ظاهر).

السادس: أن يردد في الأمر، بأن يقول: إن ربحت فوق الألف فلك الثلث، وإن ربحت دون الألف فلك النصف، سواء كان ذلك شرط المالك على العامل أو بالعكس، ومقتضى القاعدة الصحة، لأنه شرط عقلائي، فالعامل مثلاً حيث تكون أجرته في الشهر خمسمائة لا يستعد أن يأخذ أقل بالمضاربة، ولذا يجعل الشرط بحيث لا يكون له أقل.

كذلك المالك إنه إن اشتري بالمال البضاعة الفلانية حصل على ألف

إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزءاً منه لأجنبي عنهما لم يصح، إلاّ أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة

قطعاً، فلا يريد أن ينقص حظه في المضاربة، ويأتي هنا احتمال الإنصراف والغرر، وأنه خلاف مقتضي العقد، وقد عرفت الإشكال في المذكورات.

ويمكن تصورات أخر لجعل الربح بينهما نضرب عنها خوف التطويل.

{إلا أن يكون هناك انصراف ينصرف إليه الإطلاق} وقد أراداه، فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار، ولولا الإرادة لم ينفع الانصراف، إذ العقود تتبع القصود، وكأن المصنف لم يذكر الإرادة اعتماداً على وضوح هذا الشرط.

{السابع} من الشروط: {أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزءاً منه لأجنبي عنهما لم يصح، إلاّ أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجارة}، قال في القواعد: (فإن شرط جزءاً منه لأجنبي فإن كان عاملاً صح، وإلا بطل).

وقال في مفتاح الكرامة: (في شرح ذلك قولاً واحداً في الحكمين معاً كما في المبسوط، وبهما صرح في المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، والمراد بالأجنبي من كان غير المتعاقدين) انتهى.

واستدل له هؤلاء بأمرين:

الأول: إنه خلاف مقتضى المضاربة.

الثاني: ظهور النصوص كون الربح بينهما، فهو خلاف الأدلة.

ولا يخفى ما في كليهما، إذ لا نسلم أنه خلاف مقتضى المضاربة، بل هو خلاف إطلاقها، ولذا لا يشك العرف في صدق القراض عليه مع هذا الشرط، وليس ذلك مثل أن يبيعه بشرط أن لا يملك المتاع، كما أن النصوص ليست حاصرة، بل ذكرت ما هو مقتضى الإطلاق، فالاستدلال بها لما نحن فيه من قبيل الاستدلال بمفهوم اللقب.

هذا بالإضافة إلى أنه لو كان شرطاً لا مقوماً كان من الشرط الفاسد، وبناؤهم على أنه ليس بمفسد.

ثم لو قيل بعدم مثل هذا الشرط، فإن قال للعامل: لك الثلثان على أن تعطي امرأتك مثلاً نصفه، فهل يصح الشرط، لإطلاق أدلة الوفاء بالشرط، أو لا، لأنه شرط للأجنبي، احتمالان، وإن كان الأقرب الأول.

وفي محكي التحرير النظر في لزوم هذا الشرط، وعن التذكرة لم يلزم الشرط، فإن أوجبه فالأقوى البطلان، وعن التنقيح وفيه وجه آخر بالصحة لا عمل عليه، واحتمل الأمرين مجمع البرهان فيما حكي عنه.

أما إذا شرط على الثالث عمل متعلق بالتجارة فلا يضر، إذ يرجع الأمر في الحقيقة إلى تعدد العامل، وذلك جائز بلا خلاف ولا إشكال.

{نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح} كما عن المبسوط والمهذب والتحرير والشرائع والتذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم، بل عن الأول الإجماع عليه.

ولا بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل، إلاّ أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما فالأقوى الصحة مطلقاً، بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدلة.

{ولا بأس به} للإجماع المذكور، ولأنه في الحقيقة راجع إلى كيس الشارط، {خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه}، لكن لا يخفى أنه إن لم يملك لم يكن هذا شرطاً واقعاً، وإن كان يملك كان الدليلان السابقان بناءً على صحتها آتيين في المقام أيضاً.

ولعله أشار إلى ذلك بقوله: {وعلى القول الآخر} بملك العبد {يشكل} إذ لا فرق بينه وبين الأجنبي {إلا أنه لما كان مقتضى القاعدة صحة الشرط حتى للأجنبي} لإطلاق أدلة الوفاء بالشرط، وعدم كون هذا الشرط خلاف مقتضى المضاربة، بل خلاف إطلاقه، {والقدر المتقين من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما} لأنهم قد ذكروا صحة شرط إعطاء الغلام، {فالأقوى الصحة مطلقاً} بالنسبة إلى الغلام، سواء قلنا بملكه أم لا.

لكن يرد عليه: إنه لا مجال للتمسك بالقدر المتيقن بعد أن لم يكن إجمال في المقام، إلاّ أن يقال: إن المستند في عدم الجواز الإجماع، وهو لا إطلاق له، لأن المجمعين في المنع عن الأجنبي أجازوا الشرط بالنسبة إلى الغلام، فتأمل.

{بل لا يبعد القول به في الأجنبي أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدلة} كما

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصح، لكن لا دليل عليه

عرفت، فإشكال المستمسك عليه بأن العموم مخصص بما دل على اختصاص الربح لأمر خيري كالوقف أو طائفة خاصة كالفقراء، أو جعل بعض الربح بالمالك والعامل، غير وارد بعد أن عرفت عدم وجه للتخصيص المذكور.

ومما تقدم يعرف وجه الصحة في ما إذا اشرط بعض الربح منضماً إلى رأس المال وبعضه لهما أو لأحدهما أو لآخر.

{الثامن} من شروط المضاربة: {ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل} قال في القواعد: (أن يكون مسلماً في يد العامل، فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح).

وقال في مفتاح الكرامة: (هذا شرط المصنف في التحرير أيضاً، وقد يلوح من الإيضاح اختياره، وفي جامع المقاصد أنه أولى وأبعد من الريب، وقرب في التذكرة عدم اشتراطه، وقد خلت عنه كتب الأصحاب قاطبة من المقنعة والمقنع إلى الرياض، بل ظاهر أكثرها عدمه) انتهى.

{فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم} يبطل، و{يصح} مضاربةً، لإطلاق أدلة المضاربة.

ولذا قال المصنف: {لكن لا دليل عليه}، وما استدل له بأنه خلاف مقتضى المضاربة، ولأن العامل لا يتمكن من العمل إذا لم يكن المال بيده، ولأصالة عدم الأثر، غير تام، إذ لا نسلم الأول، ولذا رده جامع المقاصد بأنه موضع تأمل، والتمكن

فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة.

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة، وأما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلاً ويكون الربح بينهما، يشكل صحته

موجود بأن يحول العامل على المالك أو ما أشبه، والأصل لا يقاوم الدليل.

وأما ما في أخبار الباب من أن المالك يدفع المال إلى العامل، ففيه: إنه سيق حسب التعارف، لا أنه شرط، وبذلك ظهر الجواب عن الاستدلال لذلك بالسيرة منذ زمانه (صلى الله عليه وآله وسلم)، إذ لا يسلم السيرة أولاً، ولا دلالة فيها على الاختصاص ثانياً.

وعليه {فلا مانع أن يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكرة}، بل قد عرفت أنه المشهور، وعليه فما في المستمسك أن الشك في اعتباره عرفاً في مفهوم المضاربة كاف في اعتباره، محل منع، ولذا قرر ما وجدته من التعليقات فتوى الماتن.

{التاسع} من شروط المضاربة: {أن يكون الاسترباح بالتجارة، وأما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلاً، ويكون الربح بينهما يشكل صحته}.

قال في القواعد: (وشرطه أن يكون تجارة، فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف، أما النقل والكيل والوزن ولو احق التجارة، فإنها تبع للتجارة

والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنائع) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة: (كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وهو صريح المبسوط في الأخير).

أقول: علل هذا الشرط في التذكرة بأن (هذه أعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها، فاستغني بها عن القراض فيها، وإنما يجوز القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه، وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها، ولا معرفة قدر العمل فيها ولا قدر العوض، والحاجة داعية إليها ولا يمكن الاستيجار عليها، فللضرورة مع جهالة العوضين شرع عقد المضاربة) انتهى.

أما من أين أن شرط القراض عدم صحة الاستيجار، فقد ذكر وجهه أن المتيقن من القراض ذلك، فالأصل في ما عدا المتيقن عدم الأثر، فإن الأعمال المذكورة كالطبخ والخبز أعمال مضبوطة، فلا ضرورة فيها إلى ارتكاب مخالفة الأصول وتجويز القراض فيها، إذ معنى القراض على هذه الأشياء أن يقارضه على أن يشتري الحنطة ويطبخها ويخبزها، والطعام ليطبخه، والغزل لينسجه، والثوب ليصبغه، ونحو ذلك من الحرف، هذا غاية ما يقال في وجه الشرط المذكور.

ولعل العلامة رأى عدم إطلاق الأدلة، فعلله في قبال استحسانات العامة بالاستحسان، لأن هذا الشرط أحد قولي الشافعية، وإلا فمن المعلوم أن مثل هذه الأمور لا توجب الاشتراط.

إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة، ولو فرض صحة غيرها للعمومات ــ كما لا يبعد ــ لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة.

العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير

ولذا قال المصنف في تعليل هذا الشرط: {إذ القدر المعلوم من الأدلة هو التجارة}، لكن الظاهر صحة المضاربة، لإطلاق الأدلة بعد شمول المضاربة لها عرفاً، ولذا لم يكن مجال لقوله: {ولو فرض صحة غيرها للعمومات} مثل ﴿أوفو بالعقود﴾[1]، و﴿تجارة عن تراض﴾[2].

{كما لا يبعد، لا يكون داخلاً في عنوان المضاربة}، كما لا مجال لقول المستمسك من الشك في تحقق المضاربة عرفاً في مثل ذلك الموجب للرجوع إلى أصالة عدم ترتب الأثر، انتهى.

فيصح كل تلك الأقسام مضاربة، بل وأن يعطيه مالاً ليدرس، فإذا صار طبيباً أو مهندساً مثلاً كان شريكة في الربح، لكن اللازم ملاحظة عدم الإجحاف ونحوه مما ثبت بالأدلة الثانوية.

{العاشر} من الشروط: {أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به} سواء كان العجز ذاتياً، أو لظرف زماني أو مكاني طارئ، {مع اشتراط المباشرة من دون الاستنابة بالغير} أو لشرط خاص كاشتراط أن يتاجر بالبضاعة

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

الفلانية، أو بشرط آخر و لم يكن كان قادراً على التجارة، وإنما العجز ناش عن الشرط.

{أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانة بالغير} وبدون الشرط الخاص، ويدل على هذا الشرط عدم شمول أدلة المضاربة إلاّ للمقدور، ولذا قال في الجواهر: لعل المتجه الفساد، لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة، نحو ما ذكروه في الإجارة، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز.

ومثله ما لو كان المضارب عاجزاً عن المال، فكما لا تنعقد المضاربة لانتفاء ركن من ركنيها، كذلك إذا انتفى الركن الثاني وهو العمل.

ومنه يعلم أن ما ذكره الشرائع والمسالك وغيرهما من الضمان بدون البطلان في مفروض المسألة غير ظاهر الوجه، قال المحقق: (وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن)، وقال المسالك في شرحه: (هذا ما جهل المالك بعجزه لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً).

قال الجواهر: ونحوه في جامع المقاصد، وقال في المستمسك: ونحو عبارة الشرائع ذكر في القواعد، ثم قال المستمسك: إن ما ذكره العروة في محله.

أقول: لعل المحقق وبعض آخر أرادوا بطلان العقد، وإنما عمرّوا بالضمان باعتبار التلازم العرفي.

ذكر المسالك: وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به، إذ لامنافاة بين الضمان وصحة العقد، وعلله في الحدائق بما تقدّم من الأخبار وعليه اتفاق الأصحاب

وإلا فلا يصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك في الإجارة للعمل، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطلة،

من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنه يضمن والربح بينهما.

أقول: لا ظهور في كلام الشرائع ونحوه في عدم البطلان، إذ عدم التلازم حقيقة لا ينافي التلازم العرفي.

وكيف كان، فما ذكره الماتن هو الذي تقتضيه القاعدة، أما احتمال أن البطلان ليس من جهة العجز بل من جهة أن الإذن والعقد كانا على المقدور، فلا يخفى ما فيه، إذ العقد على غير المقدور باطل لأنه ليس بشرعي ولا عقلائي، فإن قدر العامل صح {وإلا فلا يصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك في الإجارة للعمل} بل ينبغي أن يكون الأمر كذلك في المزارعة والمساقاة، {فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطلة} لما سبق من عدم الدليل على الصحة عقلاً أو شرعاً

ثم هل البطلان يكون للكل أو للمقدار العاجز عنه، إذا كان مقدار عاجزاً وعنه ومقدار غير عاجز عنه، كما إذا ضاربه بألف لأجل تجارة الحنطة والأرز، وقد كان الأرز عاجزاً عنه، فيكون البطلان في النصف المرتبط بالأرز دون النصف المرتبط بالحنطة، أو على سبيل البدل إذا كان العجز كذلك، كما إذا كان عاجزاً عن الجمع بين تجارة الحنطة وتجارة الأرز، ولا يعجز عن تجارة إحداهما على سبيل البدل.

وهذا على ثلاثة أقسام، فإنه إما أن يعجز عن أحدهما، وإما أن يعجز عن نصف الاتجار سواء عن أحدهما أو عن نصفي كليهما، مثلاً كانت قدرته تجارة خمسمائة

فيكون تمام الربح للمالك، وللعامل أجرة عمله مع جهله بالبطلان،

إما الأرز كلاً أو الحنطة كلاً أو بعض هذا وبعض هذا، وإنما العجز عن صرف الألف في التجارة.

وإما أن يعجز عن بعض الجنس الواحد، كما إذا كانت المضاربة بألف في الحنطة ولا يقدر إلاّ على خمسمائة منه فقط.

احتمالان، ظاهر المصنف بطلان الكل، لكن المستمسك قال: إذا كان الموجب للبطلان العجز فالعجز كان عن المجموع فيوجب بطلان المجموع لا بطلان كل جزء جزء لعدم العجز عن ذلك، وحينئذ تصح في المقدور وتبطل في الزائد ويكون من قبيل تبعض الصفقة.

وذهب إلى ذلك غير واحد من المعلقين، وإن كان يظهر من سكوت معظمهم على الماتن اختيارهم البطلان، والظاهر الصحة هنا وفي الإجارة والمزارعة والمساقاة بالنسبة إلى القدر المقدور كما في البيع، كما أنه كذلك بالنسبة إلى رأس المال إذا ظهر بعضه ناقصاً في المعين، أو لم يقدر على بعضه المالك في الكلي، أو ما أشبه ذلك.

وعليه فإذا كان المالك جاهلاً بعدم قدرة العامل، كان له خيار تبعض الصفقة، وإذا كان عالما لم يكن له خيار لأنه أقدم على ذلك، كما لا خيار له في البيع إذا أقدم على اشتراء المعيب.

وكيف كان، فإذا أبطله لجهله بالعجز {فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجرة عمله مع جهله بالبطلان}، وأما إذا كان عالماً بالعجز وأقدم على المعاملة، أو كان جاهلاً ولم يبطل كان الربح بين المالك والعامل بالنسبة.

أما المقدار العاجز عنه فلا عمل ولا ربح، وإذا كان جاهلاً وأبطله كان للعامل

أجرة المثل ويتحمل أقل الأمرين من المثل والمسمى، لأنه أقدم على المسمى فلا حق له في الأزيد، على الخلاف الذي ذكروه في تلك المسألة.

ثم إن ما ذكرناه من الربح للعامل بالنسبة إنما يراد به ما يستحق، لا بنسبة العمل، إذ قد يكون حجم الجزء بنسبه خاصة بينما قدر المال له بنسبة أخرى، مثلاً إذا استأجره في صنع مصراعي باب لداره، فصنع مصراعاً واحداً لم يكن يستحق نصف المبلغ بل أقل من ذلك غالباً.

وبما تقدم ظهر أحكام كل الفروع من كون العامل جاهلاً أو عالماً في صورة عدم قدرة المالك على إعطاء كل المال، ومن كون المالك جاهلاً أو عالماً في صورة عدم قدرة العامل على كل العمل، وعند جهلهما إما أن يفسخ إذا ما علم، وإما أن لا يفسخ، {ويكون} العامل {ضامناً لتلف المال إلا مع علم المالك بالحال}.

والوجه في الضمان ما ذكره المسالك قائلاً عند قول المحقق: (وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن): (هذا مع جهل المالك بعجزه، لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً).

أقول: قد نقول ببطلان المضاربة، وقد نقول بصحتها بالنسبة إلى القدر المقدور، وبطلانها بالنسبة إلى القدر غير المقدور، وعلى أي حال فالبطلان بالنسبة إلى الجميع أو البعض إن تلف ذلك القدر الذي تبطل فيه المضاربة، هل يوجب الضمان، كما تقدم عن المسالك وجهه، أو لا يوجب لما ذكره المستمسك بقوله: (إن

الضمان في المقام مخالف لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده»[1]، فإن مال المضاربة غير مضمون على العامل في المضاربة الصحيحة فلا يكون مضموناً عليه في الباطلة) إلى آخره، احتمالان.

ويمكن أن يقال: إن صور المسألة أربع، لأنهما إما عالمان بالبطلان، أو جاهلان، أو المالك عالم والعامل جاهل، أو بالعكس.

فإن كانا عالمين بالبطلان فقد جعل المالك المال وديعة في يد العامل والوديعة غير مضمونة، ففي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»[2].

وقال (عليه السلام): «ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»[3]، ونحوه غيره.

وإن كانا جاهلين فقد أودع المالك بيد العامل، وإن كان سبب الوديعة جهله حتى أنه لوكان عالماً لم يعطه إياه، لكن عدم إعطائه إياه لا يخرجه عن كونه وديعة، والوديعة لا ضمان فيه.

وإن كان المالك جاهلاً والعامل عالماً لم يبعد الضمان، لأن علم العامل بأنه لا حق له يوجب دخوله في قاعدة «على اليد ما أخذت» فهو كما إذا زعم المالك أن هذا زيد فأودعه المال، وقد كان عمرواً وعلم عمرو باشتباه المودع، وأدلة الوديعة منصرفة من مثل هذا الصورة.

ولو كان العكس فقد اذهب المالك احترام ماله بعد أن أعطاه لمن يعلم أنه لا يستحق الإعطاء، لأن المالك عالم ببطلان المضاربة.

---

(١) انظر الجواهر: ج٢٢ ص٢٥٨.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب١ من أبواب العارية ح٦.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٧ الباب١ من أبواب العارية ح٦.

وهل يضمن حينئذ جميعه، لعدم التميز مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعة، والثاني إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً،

{وهل يضمن حينئذ جميعه، لعدم التميز} لأن وضع اليد في حال الانضمام لا في حال الانفراد، والمنضم غير مقدور العمل به، فلا يكون مأذوناً في قبضه فيكون مضموناً لاقتضاء اليد الضمان، ولذا قال: {مع عدم الإذن في أخذه على هذا الوجه} حتى يكون أمانة.

{أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه} أي بسبب الزائد {فيختص} الضمان {به} إذ غير الزائد مأذون في قبضه.

{أو} الضمان يكون للجميع الذي ذكرناه في {الأول إذا أخذ الجميع دفعة} لأن الدليل المتقدم بقولنا (لأن وضع اليد...) آت فيما لو أخذ الجميع دفعة.

{والثاني} أي عدم ضمان القدر المقدور {إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره} كالنصف أو الثلث أو ما أشبه.

{ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً} لأنه إذا مزجه كان التصرف غير مأذون فيه، من حيث الشركة، فيكون التصرف موجباً للضمان.

لكن فيه: إن عدم الإذن في التصرف من جهة الشركة لا يوجب ضمان المجموع، إذ القدر المأذون وإن كان ممتزجاً سبب الامتزاج عدم جواز التصرف فيه من حيث الشركة إلاّ أنه لا يوجب الضمان، فهو كما إذا تصرف في الملك المشترك بينه وبين غيره، فإن تصرفه وإن كان ممنوعاً

أقواها الأخير.

لكنه إذا تلف لا يوجب تلفه ضمان الجميع، وإنما ضمان مال الشريك فقط.

{أقواها} عند المصنف {الأخير} إذ يرد على ضمان الجميع أن البعض الذي صحت المضاربة بالنسبة إليه لا وجه لضمانه، كما يرد على ضمان القدر الزائد فقط أنه إذا أخذ الجميع دفعةً أو تدريجاً لكن مزج المقدور بغير المقدور كان ممنوع التصرف في المجموع، والمنع عن التصرف يوجب الضمان.

لكن قد عرفت مما ذكرنا أن اللازم القول بضمان الزائد فقط، فإذا تلف الجميع كان قدر الضمان واضحاً، مثلاً كان النصف مقدوراً والنصف الآخر غير مقدور، وإذا تلف النصف مثلاً في الممتزج كان مقتضى القاعد ضمان الربع، لأن ذلك مقتضي قاعدة العدل، حيث إن جعل النصف على المالك فقط لا على العامل فقط لا وجه له، لأنه ترجيح بلا مرجح، ولا مجال للقرعة حيث إن مرتبتها بعد مرتبة قاعدة العدل كما يستفاد من رواية الودعي وغيرها، فلا وجه إلاّ لقاعدة العدل.

وكذا في كل مورد مشابه، كما إذا كان قفيز من الحنطة لنفرين أذن أحدهما لزيد في التصزف فيه، ولم يأذن الآخر، فتصرف في الجميع وتلف نصفه بدون تفريط أو تعد، فإن مقتضى القاعدة تقسيم النصف الذاهب منهما، إذ لا ترجيح لجعله من الآذن أو من الذي لم يأذن، ولا مجال للقرعة أيضاً.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أن مقتضي القاعدة الاحتمال الثاني، وهو ضمان القدر الزائد مطلقاً.

ودعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لا يكون عاجزاً، كما ترى، إذ الأول وقع صحيحاً، والبطلان مستند إلى الثاني وبسببه، والمفروض عدم المزج.

ثم إن المسالك أشكل على التفصيل بقوله: (يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لم يعجز) وأشار المصنف إلى دفعه بما حاصله: أن لا عجز عن المجموع في صورة تدرج الأخذ، فإن العجز في الثاني الذي عجز عنه لا في الأول الذي هو مقدوره.

{و} وذلك لأن {دعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن} بعد أن أخذ الثاني الذي هو عاجز عنه {لأحد أجزائه} حتى يقال الأول غير عاجز عنه والثاني عاجز عنه، وإنما لا ترجيح {إذ لو ترك الأول} المقدور {وأخذ الزيادة} أي الثاني {لا يكون عاجزاً} فالآن وبعد أخذ المجموع نسبة العجز إلى كلا الجزءين على حد سواء، ولا ترجيح لأن يقال الأول عاجز عنه أو الثاني عنه {كما ترى} غير تامة بل العجز عن الثاني بذاته {إذ الأول وقع صحيحاً} حيث إنه كان مقدوراً.

{والبطلان منسوب إلى الثاني وبسببه، و} الأول والثاني في الخارج متمايزان، لأن {المفروض عدم المزج} فلماذا يقال بسريان العجز إلى المجموع.

وقد رد المستمسك الماتن بقوله: (هذا يتم لو كان أخذ الأول بعقد يختص

هذا ولكن ذكر بعضهم أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك، ولا وجه له لما ذكرنا، مع أنه إذا كانت المعاملة صحيحة

به والثاني بعقد آخر يختص به، أما إذا كان الأخذ الثاني بعقد موضوعه مجموع الأول والثاني، فيكون موضوع العقد غير مقدور، فيكون العقد باطلاً، فالمأخوذ به أولاً كالمأخوذ به ثانياً كلاهما مأخوذ بعقد باطل، فيكون كل منهما مضموناً ولا فرق بينهما)، لكن الرد محل نظر إذ العقد ليس بباطل، بل يكون جائزاً من قبيل خيار تبعض الصفقة.

وقد عرفت أن قول المصنف باشتراط عدم المزج غير ظاهر الوجه، بل العقد صحيح ولو مزج الأول والثاني، فالضمان للقدر الزائد فقط سواء أخذها مرتين أو مرة، وسواء مزج في المرتين أو لم يمزج.

{هذا ولكن ذكر بعضهم} كالحدائق {أن مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك} وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد، إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد.

وقد نسب هذا القول الحدائق إليهم حيث قال: (قالوا ...)، وفي بعض تعليقات المتن: بل أسند إلى الكل، قال في الحدائق: (ويدل عليه ما تقدم في تلك الأخبار، وعليه اتفاق الأصحاب، من أنه مع المخالفة لما شرطه المالك فإنه يضمن والربح بينهما).

{ولا وجه له لما ذكرنا} من لزوم التفصيل في المسألة لا إطلاق صحة المعاملة {مع أنه} يرد على كلام الحدائق إشكال آخر وهو أنه {إذا كانت المعاملة صحيحة

لم يكن وجه للضمان، ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد وإلا ضمن.

لم يكن وجه للضمان} لأن العامل أمين والأمين لا يضمن، وقد رد المستمسك دليل الحدائق بقوله: (إن دليله ضعيف لخروج المورد عن عموم النصوص الدالة على أن العامل إذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن والربح بينهما الآتية في المسألة الخامسة) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الحدائق لم يرد الاستدلال، وإنما الاستيناس للمقام بتلك الأخبار، فإنها دلت على إمكان الجمع بين اشتراك الربح بمقتضى العقد والضمان بمقتضى أن الإعطاء مبني على القدرة والضمان مرفوع في هذه الحالة، فإذا لم تكن قدرة لم تكن أمانة مالكية، وحيث لا قدرة فلا أمانة مالكية ترفع الضمان.

أقول بالنسبة إلى غير المقدور ضمان وبالنسبة إلى المقدور الربح مشترك ولا ضمان، إذ العقد صحيح والقدرة موجودة فأمانة مالكية توجب رفع الضمان.

{ثم إذا تجدد العجز في الأثناء وجب عليه رد الزائد} لأنه لا يقدر على العمل فيه فلا يحق له إبقاؤه عنده، لأن الأمانة كانت باعتبار عقد المضاربة، فإذا عجز بطل العقد بالنسبة إليه، وبقي العقد بالنسبة إلى القدر الذي يمكنه العمل فيه، حيث قد عرفت عدم بطلان العقد إلاّ بالنسبة إلى القدر الذي عجز عن العمل فيه {وإلا ضمن} لأن يده عليه ليست يد أمانة، فيشملها دليل «على اليد»[1].

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

ومما تقدم يعرف حكم كل صور المسألة، فإن العجز إما عن البعض أو عن الكل، وعلى كل حال إما ابتداءً فقط أو في الأثناء أو في الأخير أو مختلفاً، كأن عجز عن بعض أولاً وعن بعض وسطاً.

مثلاً كانت المضاربة على دراهم ودنانير، فلم يتمكن من التصرف في الدراهم لأنه يخاف اتهامه بأنه سرقها.

أو عجز عن الكل أولاً وعن البعض أخيراً، إلى غير ذلك من صور المسألة، فإن الميزان في الكل أن عقد المضاربة كأنها عقود بالنسبة إلى المال وبالنسبة إلى الأزمنة، فكلما حصل عجز عن بعض مالاً أو زماناً بقي العقد بالنسبة إلى المقدور.

نعم يأتي بالنسبة إلى المالك شبه خيار تبعض الصفقة، وذلك لأن بناء العقلاء على انحلال العقد إلى عقود، وقد قرره الشارع حيث إنه لم يمنع عنه، ودليل الخيار ما ذكروه في تبعض الصفقة.

(مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صح، وإن كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك

(مسألة ١): لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صح} ولا فرق بين أن يكون المال في يده أمانة مالكية بعارية أو وديعة أو إجارة أو غيرها لإطلاق الأدلة، بل يظهر عن التذكرة فيما لو كان المال وديعة أو عارية إجماع المسلمين عليه.

وقال المستمسك بعدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه في يد المالك وفي يد غيره أميناً كان أومستعيراً أو غيرهما، انتهى.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين كون المال في يد أم لا، كما إذا كان في مكان لا يد عليه، بل أو كان لا يقدر المالك عليه، واليد لا فرق فيها بين يد المالك أو العامل أو غيرهما.

{وإن كان في يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان} لأنها ليست أمانة مالكية ولا شرعية {فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك} فإنه لا إشكال في صحة جعله مضاربة، بل في الحدائق: (الظاهر أن الحكم اتفاقي عند الأصحاب) انتهى.

ووجهه إطلاق الأدلة حيث لا مخصص لما إذا كان المال غصباً، خلافاً للشرائع فإنه قال: (ولو كان في يد غاصب مال فقارضه عليه صح و لم يبطل الضمان) انتهى.

وعلله في الجواهر بالأصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدم الضمان، بل يجامعه في كثير من المقامات، لظهور قوله (عليه السلام): «حتى يؤدي»

لانقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم، ودعوى أن الضمان مغياً بالتأدية و لم تحصل كما ترى

في بقاء الضمان إلى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها، وإنما قوينا عدم الضمان {لانقلاب اليد} الضمانية إلى الأمانية {فينقلب الحكم} فكما أنه إذا قال للغاصب: المال أمانة عندك من الآن، أو قال: آجرتك الدار المغصوبة مثلاً، انقطع الضمان فكذا في المقام.

والاستصحاب الذي استدل به لقول الشرائع، لا مجال له بعد تبدل الموضوع، فحال الاستصحاب حال عكس المسألة، كما إذا كانت أمانة في يده فلما طلبها المالك لم يدفعها إليه فإنها تكون غصباً ويكون عليه تلفها، ولذا اختار الجواهر بنفسه عدم الضمان بعد جعله مضاربة في يد الغاصب.

ومنه يعلم أن ما عن العلامة في التذكرة، وذكره المسالك من أن مجرد العقد لا يقتضي ذلك، وإنما يحصل الإذن بأمر آخر ولو حصل زال الضمان محل إشكال، إذ إنشاء المضاربة ظاهر في الإذن.

كما ظهر الإشكال في قول المستمسك حيث قال: إن الانقلاب لا يجدي في نفي الضمان إلاّ أن يثبت أمران الإذن في القبض وأن المأذون لا يضمن، إذ قد عرفت الظهور العرفي في الإذن والمأذون لا يضمن يكون أمانة مالكية والأمين غير ضامن نصاً وإجماعاً.

{و} أما الاستدلال بالرواية المتقدمة المذكورة في المستدرك في كتابي الوديعة والغصب، وفي غيره بـــ {دعوى أن الضمان مغياً بالتأدية و لم تحصل} وحيث إن (حتى) انتهاء الغاية فيبقى الضمان إلى الأداء، وهو غير حاصل فرضاً، {كما ترى} إذ

ولكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلاّ إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع فإنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك في الرهن أيضاً، وأن العين إذا كانت في يد الغاصب

المفهوم من الأداء عرفاً إمضاء المالك لا الأداء الخارجي، ولذا إذا قال له: أده إلى زيد، كان أداءً، وإذا قال له: هو لك، كان أداءً، وإذا قال: وديعة أو عارية أو في إجارتك أو رهنك وما أشبه، كان أداءً.

فالمراد بالأداء الخروج عن الغصب إلى سلطان المغضوب منه أو وليه، كما إذا أخذه وكيله أو الحاكم الشرعي الذي هو ولي مثل المغصوب منه أو الولي للطفل مثلاً.

{ولكن} مع ذلك {ذكر جماعة} كما عرفت عن الشرائع وغيره، بل في الحدائق أنه المشهور وإن لم نحقق ذلك {بقاء الضمان} بعد جعله مال المضاربة {إلا إذا اشترى به شيئاً} وإن لم يدفعه إلى البائع، فقوله: {ودفعه إلى البائع} لا بد وأن يراد به ما إذا لم يأذن البائع في بقائه عنده لكنه غصب عن البائع حينئذ لا عن المالك {فإنه يرتفع الضمان به}.

وجعله المسالك إجماعياً، لكن في الجواهر: وأما القول بعدم زوال الضمان معها أيضاً ففيه مضافاً إلى ما سمعته أنه أداء إليه ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى اليد {لأنه قد قضى دينه بإذنه} فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعدة اليد.

{وذكروا} أي جماعة منهم {نحو ذلك} وعدم سقوط ضمان الغاصب إذا جعله المالك رهناً عنده {في الرهن أيضاً، و} قالوا {إن العين إذا كانت في يد الغاصب

فجعلها رهناً عنده أنها تبقى على الضمان، والأقوى ما ذكرناه في المقامين لما ذكرنا.

فجعلها رهناً به عنده أنها تبقى على الضمان} إلاّ أن الجواهر وغيره قالوا بأن جعلها رهناً يخرج الغاصب عن الضمان.

{و} قول الجواهر هو {الأقوى} فإن {ما ذكرناه في المقامين} وكذلك سائر المقامات المشابهة كما إذا جعلها عارية أو وديعة أو إجارة أو مزارعة أو مساقاةً عنده هو مقتضى القاعدة {لما ذكرنا} من أنه دخل بذلك تحت سلطان المالك فلا يكون غصباً، فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعدة اليد، ويكون الحال كذلك إذا مات وورثه من رضي ببقائه في يده.

وكذا إذا جعله الغاصب تقاصاً فيما يصح فيه التقاص، نعم إذا جعله المالك مضاربة لكنه لم يأذن ببقائه في يده لم يخرج عن كونه غصباً، إذ قد عرفت أن مجرد المضاربة لا تكفي في الإذن.

ومثل ما تقدم في الخروج عن الضمان لو غصب صغيرة بملابسها فزوجها إياه الولي فإنه يخرج عن كونه غاصباً ولا يكون بعد ذلك ضامناً.

ثم إن في مفروض المتن لو تبين بطلان المضاربة، فإن كان رضى المالك على نحو التقييد بالمضاربة لم يخرج عن كونه غاصباً، أما إذا كان راضياً والمضاربة كانت على نحو الداعي خرج عن الضمان أيضاً.

وللمسألة فروع تظهر مما ذكرناه، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٢): {المضاربة جائزة} كتاباً: لأنه نوع من التجارة عن تراض وعقد، فيشملها دليلهما.

وسنةً: للروايات المتواترة المذكورة في كتب الحديث والفقه،

وإجماعاً: بلا خلاف نقل عن أحد.

وعقلاً: حيث لا مانع منها.

وتوهم بعض المتجددين أنه نوع من الاستثمار لأن إنساناً يعمل ويأخذ ربحه إنسان آخر، غير تام لأن المال عمل مجسم أيضاً، فمن كلا الطرفين عمل والربح بينهما على نحو لا إجحاف فيه، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب (الفقه: الاقتصاد) فلا داعي إلى تكراره في المقام.

ثم إن المشهور أنها جائزة {من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخها} بأن يسترجع المالك ماله ويكف العامل عن العمل، وحيث إن ذلك قد يوجب تضرر أحدهما كان لهما أن يجعلا المضاربة شرطاً في عقد لازم، والشرط في العقد اللازم يوجب الوضع.

ثم إذا فسخ أحدهما كان اللازم أن يكون له بقدر حقه المقرر إلى ذلك الحين، لأن كلاً ملك فلا وجه لاحتمال الفسخ عن أصله ويكون للعامل أجرة المثل أو أقل الأمرين إلى ذلك الحين.

وكيف كان، فقد ادعى المسالك عدم الخلاف في أن المضاربة جائزة.

وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، قال: وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم.

وقال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (القراض عقد جائز من الطرفين): إجماعاً كما في مجمع البرهان، وبلا خلاف كما فيه أيضاً، وفي الكفاية والرياض، وفي

سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل، وإن كان قبل انقضائه، نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله

الغنية الإجماع على جوازه وأن لكل منهما فسخه متى شاء، وبذلك صرح في السرائر والتذكرة والمبسوط والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد وشروحه والروضة والوسيلة وغيرها.

أقول: لولا هذه الإجماعات ونحوها لكان القول بذلك مشكلاً على خلاف الأدلة الأولية، و لم يظهر لهم التعليل أو رواية توجب احتمال الاستناد حتى يسقط الإجماع عن الحجية.

نعم نقل مفتاح الكرامة عن جامع الشرائع قوله: إنها عقد لازم من الطرفين، ثم احتمل كونه غلطاً من قلم الناسخ، ولذا لم أجد من المعاصرين أحداً قال بلزومها، فلا بد من القول بجوازها {سواء كان قبل الشروع في العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال} بأن صار نقداً {أو كان به عروض، مطلقاً كانت} المضاربة {أو مع اشتراط الأجل، وإن كان} الفسخ في صورة شرط الأجل {قبل انقضائه} لأن الشرط في العقد الجائز لا يكون لازماً، والعمدة إطلاق الإجماع.

وقد صرح بذلك غير واحد من الفقهاء {نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله} والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لا الحكم التكليفي، لأنه المستفاد من دليل الشرط، وإنما لا يجوز الفسخ

لقاعدة كون المؤمنين عند شروطهم[1]، {بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط} غير المخالف للكتاب والسنة ولمقتضى العقد.

أقول: الفرق بين الشرط في ضمن العقد اللازم، وفي ضمن العقد الجائز، أنه لو لم يف الشرط في الأول كان للشارط إجبار المشروط عليه، وكان ترك المشروط عليه للشرط فعلاً حراماً لأنه تارك للواجب، أما في الثاني فمقتضى القاعدة أنه ليس للشارط الإجبار، فهو مثل ما إذا لم يف بالعقد الجائز حيث لا يحق لطرفه إجباره، كما لم يفعل تارك الشرط حراماً، وذلك للتلازم بين عدم وجوب الأصل وعدم وجوب الفرع، فالركوع في الصلاة المستحبة ليس واجباً، لأنه إذا لم يركع بطلت الصلاة لا أنه فعل فعلاً حراماً أو يلزم عمل الركوع، كذلك ليس الأكل في الصوم المستحب حراماً، فإنه إذا أكل بطل صومه، فلا يلزم على الصائم ترك الأكل ولا يكون أكله حراماً.

وكأنه إلى هذا أشار المسالك حيث قال: (والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لأن الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه).

وقال في الجواهر: (يحتمل عدم وجوب الوفاء بالشرط وإن لم يفسخ العقد للأصل السالم عن معارضة آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2]، ثم ذكر أن ذلك مراد الشيخ والفاضل في كلامهما وهو لا يخلو من قوة) انتهى.

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور ح ٤. الاستيصار: ج٣ ص٢٣٣ الحديث ٤.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

وكأنه أشار بذلك إلى قول الشيخ، في مسألة أن يدفع إليه ألفاً قراضاً ليدفع إليه ألفا بضاعة: ولو قلنا إن القراض والشرط جائز لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

وكذا قول العلامة بأنه لا يلزم الوفاء به لأن العقد جائز من الطرفين.

وقال في الرياض: إن الأجل المشترط فيها حيث كان غير لازم بل جائز يجوز لكل منهما الرجوع لجواز أصله بلا خلاف كما مضى فيكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى.

إلى غير ذلك من عباراتهم الظاهرة في أن الشرط غير لازم الوفاء به.

نعم ربما يستدل بلزوم الوفاء بالشرط إذا لم يفسخ بدليلين:

الأول: قوله «المؤمنون عند شروطهم»[(١)].

الثاني: بعض الروايات الظاهرة في ذلك، مثل ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن أبيه قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا ينزلوا وادياً، فإن فعلتم فأنتم ضامنون، فأبلغ ذلك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأجاز شرطه عليهم»[(٢)].

لكن كلاهما غير تام، إذ الأول مثله مثل «لا صلاة إلاّ بفاتحه الكتاب» لا شمل إلاّ الواجب ولو بالانصراف. ووجه الانصراف ما ذكرناه من التلازم العرفي بين جواز العقد وجواز

---

(١) الاستبصار: ج٣ ص٢٣٢ ح٧.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب أحكام المضاربة ح٧.

الشرط، فكما أن أوفوا بالعقود لا يشمل العقد الجائز، كذلك المؤمنون عند شروطهم لا يشمل الشرط في الضمن العقد الجائز.

وبهذا ظهر أنما يستفاد من كلام الجواهر من أن الوفاء بالعقد الجائز واجب حال عدم فسخ العقد فيندرج في أوفوا بالعقود، غير ظاهر الوجه، إذ أي معنى لوجوب الوفاء والحال أنه يبطله قولاً وعملاً فيأخذ الوديعة ويفعل كل ما وكل فيه ويتناول العارية ويأخذ عين المال القراض وعين الموهوب، إلى غير ذلك.

والثاني لا دلالة فيه على الوجوب.

وربما يؤيد عدم وجوب الوفاء بالشرط الروايات المتواترة الدالة على عدم العمل بالشرط المذكور في المضاربة حيث لم يقل الإمام (عليه السلام) في تلك الروايات أنه فعل حراماً وأن للشارط إلزامه، فراجع الوسائل كتاب المضاربة بابها الأول.

وبما ذكرنا يظهر أن إيرادات المستمسك على ما ذكروا من الأدلة لجواز الشرط لا يخلو بعضها عن إشكال، قال: (والتي يمكن أن يكون وجهاً لهذه القاعدة ــ قاعدة اقتضاء جواز العقد جواز الشرط ــ أمور:

الأول: الأولوية المشار إليها في عبارتي الرياض والجواهر، وفيها أنها لا تخلو من خفاء فلا تصلح للإثبات.

الثاني: إن دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه والشرط من توابعه، وقد يظهر ذلك من عبارة المسالك، وفيه: إنه غير ظاهر فإن دليل الجواز هو الإجماع

والمتيقن منه يختص بالعقد ولا يشمل توابعه.

الثالث: إنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد لزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد، ولا قائل به، وفيه: إن دليل لزوم الشرط يختص بما كان في العقد فإذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذي هو موضوع اللزوم.

الرابع: إن جواز الشرط مقتضى الأصل كما أشار إليه الجواهر، وفيه: إن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفي بل الإرشاد إلى نفوذ العقود والشروط، فالشك في الحقيقة في اللزوم والجواز يرجع إلى الشك في جواز الفسخ وعدمه، والأصل عدم ترتب الأثر على الفسخ) انتهى.

إذ يرد على الأول: إن الأولوية عرفية.

وعلى الثاني: إن الدلالة بالتلازم، فإذا دل الإجماع على الأول ودل على الثاني لا مجال للأخذ بالقدر المتيقن.

وعلى الثالث: إنه لم أجد من ذكر هذا الدليل، بل لا يمكن منهم أن يقولوه.

وعلى الرابع: أولاً إن الوجوب تكليفي ووضعي، وثانياً إذا لم يعلم اللزوم الوضعي كان الأصل عدمه وهو مقدم على أصل عدم ترتب الأثر على الفسخ.

وسيأتي من المصنف اشتهار أن الشروط في العقود الجائزة غير لازمة الوفاء، وقد سكت عليه غير واحد من المعلقين يبلغون أكثر من عشرة، خلافاً لما عرفت من السيد الحكيم فقد أنكر صحة نسبة ذلك إلى الشهرة.

{ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور} قد يشترط أن لا يملك الفسخ، وقد يشترط أن لا يفسخ، وقد يشترط أن بعد السنة يبيع ولا يشتري أو بالعكس، أو لا يبيع ولا يشتري.

قيل: مقتضى القاعدة أن الشرط الأول باطل، لأنه خلاف مقتضى العقد الذي يقتضي ملكه الفسخ.

وفيه: إنه كيف يصح في العقد اللازم مثل البيع أن يشترط ذلك الفسخ، أي الخيار، فالأصح أن يقال إن مثل هذا الشرط غير لازم الوفاء لا لأنه خلاف مقتضى العقد إذ الجواز واللزوم خارج عن مقتضى العقد سواء كان لازماً كالبيع أو جائزاً كالمضاربة، ولو قيل بأن شرط اللزوم خلاف مقتضى العقد نوقض بشرط الخيار في البيع، بل لأنه لا ملزم لهذا الشرط في ضمن عقد المضاربة، لما تقدم من التلازم بين جواز العقد وبين عدم لزوم الشرط في ضمنه، فبشرط أن لا يملك الفسخ الذي معناه اللزوم لا ملزم له في ضمن عقد جائز.

نعم لو شرط ذلك في ضمن عقد لازم، كما إذا أجرى المضاربة ثم أجرى بيعاً شرط في ضمنه أن لا يملك فسخ المضاربة، كان مقتضى القاعدة لزوم المضاربة.

وبما تقدم في شرط أن لا يملك الفسخ ظهر حال القسمين الآخرين من الشرط، كأن يشترط أن لا يفسخ، وأن يشترط أن بعد السنة يبيع ولا يشتري وإلى آخره، فالشرط بأن لا يفسخ غير لازم، والشرط أن لا يبيع وإن كان غير ملزم إلاّ أن العامل حيث لم يأذن له المالك في التصرف بيعاً أو شراءً لم يحق له ذلك إذ لا إذن ولا عقد ملزم للمالك حتى يخرج زمام الأمر من يده، فيكون للعامل حق البيع والشراء وإن لم يرض المالك.

بل العقد أيضاً لأنه مناف لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو مناف لإطلاقه

قال في القواعد: ولو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح.

وقال في مفتاح الكرامة: (توقيت المضاربة يقع مع الإطلاق والتقييد، فالإطلاق أن يقول: قارضتك على هذا المال سنة، والتقييد أن يقول: قارضتك سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتر، أو فبع ولا تشتر، أو بالعكس، ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه، وهو لزومها إلى الأجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء، وكذلك في الإرشاد، ومثله ما في جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان، ثم ذكر قريباً من ذلك من النافع واللمعة والرياض) انتهى.

{بل العقد أيضاً} هذا ليس بمشهور، وإنما ذكره بعضهم، أما كون الشرط باطلاً {لأنه مناف لمقتضى العقد} لأن مقتضى العقد جواز الفسخ فاشتراط عدم جواز الفسخ مناف له.

وأما كون العقد باطلاً، فلأن العقد مقيد بالشرط وحيث بطل القيد بطل المقيد، لأن المقصود غير واقع والواقع غير مقصود، وكان جامع المقاصد أشار إلى ذلك بقوله: (القراض المعتبر في العقد لم يقع إلا على وجه فاسد)، أما ما جعله المستمسك أولى في التعليل بأن القصد إلى المتنافيين متعذر فيكون العقد غير مقصود فلا يصح، فلم يظهر وجهه، إذ التنافي بين اللزوم والجواز، وهما لا يسريان إلى العقد ليفسداه، ولذا قالوا بأن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

{وفيه منع، بل هو مناف لإطلاقه} إذ إطلاق العقد يقتضي الجواز،

كما أن إطلاق البيع، يقتضي اللزوم، فلا مانع ممن الشرط الذي هو خلاف الإطلاق.

أقول: مقتضى ما تقدم صحة العقد، وبطلان الشرط بأي قسم من الأقسام الثلاثة في الشرط، ولقد أجاد السيد الجمال في تعليقه حيث قال: (الظاهر أن ما أفتى به المشهور ببطلانه، وهو ما إذا اشترط أن لا يملك الفسخ إلى زمان كذا، دون ما إذا شرط أن لا يفسخ، نعم مقتضى ما صرحوا به من عدم لزوم الشرط في ضمن العقود الجائزة هو تساوي وجود هذا الشرط لعدمه وهو كذلك).

{و} كيف كان، فقد عرفت مما تقدم صحة {دعوى أن الشرط في العقود غير اللازمة غير لازم الوفاء} للتلازم العرفي بين الأمرين.

إلى غير ذلك من الأدلة السابقة.

ومنع المستمسك من شهرة هذه الدعوى، غير ظاهر الوجه، ولذا قال الحدائق في محكي كتاب الدين: المشهور أن القراض من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعي عليه الإجماع.

وعلى هذا، فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم، وبذلك صرحوا أيضاً ، وكذا كل شرط سائغ، فدعوى أن الشرط لازم مع أن العقد جائز {ممنوعة} لما عرفت.

{نعم} على مذاق من يرى لزوم الشرط وإن جاز العقد {يجوز} للمشروط عليه {فسخ العقد فيسقط الشرط} اللازم، لأن الشرط كان لازم الوفاء عند وجود العقد، فإذا سقط العقد سقط الشرط.

وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنه يوجب لزوم ذلك العقد

{وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه} لقاعدة «المؤمنون عند شروطهم»[1] وغيرها مما يلزم الوفاء بالشرط، سواء في العقد اللازم أو الجائز، عندهم.

{وهذا} الذي ذكرناه من أنه يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط {إنما يتم في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام} الذي اشترط فيه عدم الفسخ إلى زمان كذا، كما ذكرناه في أول المسألة، {فإنه يوجب لزوم ذلك العقد} فلا يصح للمشروط عليه الفسخ حتى يفسخ فيسقط الشرط.

نعم إن أجاز له الشارط أن يفسخ حق له الفسخ، لأنه حق وليس بحكم، كما ذكروا في باب الإقالة في العقود اللازمة.

(وغير الشرط) في كلام المصنف، يراد به مثل شرط أن يبيع كذا، أو لا يبيع، وهكذا مما يجعل عقد المضاربة لازماً.

ثم إنه ربما يستشكل على لزوم عقد المضاربة بشرط عدم الفسخ بأنه مستلزم للدور، إذ لزوم العقد متوقف على لزوم الشرط، ولزوم الشرط متوقف على لزوم العقد.

أما الأول: فلأنه لولا الشرط اللازم لم يكن وجه للزوم العقد، فإن ذات العقد ليست بلازمة، وإنما يسبب لزومه الشرط، والشرط إذا لم يكن لازماً لم

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح٤.

يكن ملزماً، فإن فاقد الشيء لا يعطيه، فإن ما لا يكون في نفسه لازماً كيف يكون ملزماً لغيره.

وأما الثاني: فلأنه لولا العقد اللازم لم يجب الوفاء بالشرط، لما تقدم من أن لزوم الشرط فرع لزوم العقد، على ما يظهر من المشهور.

وحيث إن الدور باطل، فلا يمكن أن يلزم العقد بالشرط.

وفيه: إن الدور معي، فإذا شرط في العقد أن يفسخ لزم كلاهما، لكنك قد عرفت لزوم العقد بالشرط بدليل آخر، فلا يتوقف عدم لزومه على دليل الدور.

وبهذا ظهر وجه الإشكال في كلام المستمسك، حيث قال: (إذا كان وجود العقد شرطاً في لزوم العمل بالشرط امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه).

وعليه فما رتب المستمسك على هذا الكلام بقوله: (ومن ذلك يظهر بطلان شرط التأجيل في جمع العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة وغيرها لأن شرط التأجيل راجع إلى شرط عدم الفسخ إلى الأجل، وقد عرفت بطلانه) انتهى، غير ظاهر.

أقول: قد تقدم في كلام العلامة ذكر التوقيت في المضاربة، وقد فسره مفتاح الكرامة بأن له صورتين، أن يقول: قارضتك على هذا المال سنة، وأن يقول: قارضتك سنة فإن انقضت فلا تبع ولا تشتر مثلاً، وحيث إن الشرط غير لازم على ما عرفت حق لكل منهما الفسخ قبل السنة في الصورتين.

نعم إن لم يفسخا في الثانية، لم يكن للعامل التعدي عن شرط المالك، لأنه

هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحة الشرط ولزومه، وهذا يؤيد ما ذكرنا من عدم

ليس بمأذون في التصرف الذي نهاه عنه المالك، ولذا نفذ رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) شرط العباس(1).

{هذا، ولو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر} كالبيع ونحوه {فلا إشكال في صحة الشرط} لشمول «المؤمنون عند شروطهم»(2) له، وذلك ليس بمناف للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد.

{ولزومه} لأنه شرط في عقد لازم، والشرط في العقد اللازم لازم، ومعنى اللزوم التكليف والوضع، ولذا قال غير واحد: إنه إذا شرطت عليه توكيله إلى خمسين سنة في طلاق نفسها إذا لم يوصل إليها النفقة أو ما أشبه لزم الشرط، ولا حق له في إبطال الوكالة التي أعطاها إياها، ومحل تفصيل الكلام في ذلك في بحث الشرط، على ما ذكره الشيخ في المكاسب، وغيره في غيره.

وبذلك يظهر أن قول من قال: بأن هذا الشرط باطل أيضاً كالسيد البروجردي، أو نفى الإشكال غير ظاهر كالسيد الحكيم، غير ظاهر الوجه.

والظاهر أنه لا فرق بين شرط أن لا يفسخ، أو لا يملك الفسخ، إذ كما كان شرط أن لا يفسخ يوجب الوضع، كان شرط أن لا يملك الفسخ عبارة أخرى عن ذلك.

{وهذا} أي صحة الاشتراط في ضمن عقد آخر {يؤيد ما ذكرنا من عدم

---

(1) الوسائل: ج١٣ ص١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٧.

(2) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح٤.

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً، ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى سابقة صح ووجب الوفاء به إلاّ أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد} بل مناف لإطلاقه {إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته في ضمن عقد آخر أيضاً} كما ذكره الجواهر، وأيده غير واحد من المعلقين، إذ المنافي للعقد لا يمكن شرطه لا في ضمن نفس العقد، كأن يشترط في عقد النكاح أن لا تكون المرأة محرمة له، ولا في ضمن عقد آخر كأن يشترط في عقد البيع أن لا تكون زوجته محرمة له، فإذا صح الشرط في ضمن عقد آخر دل على عدم منافاته لمقتضى العقد، فيصح اشتراطه حتى في نفس العقد إذا لم يكن محذور آخر.

وبذلك ظهر أن الشرط المنافي لمقتضى العقد أو للكتاب والسنة باطل، سواء كان في ضمن العقد أو في عقد آخر، وسواء كان كلا العقدين أو أحدهما لازماً أو جائزاً، فإذا شرط في ضمن النكاح أو المضاربة أن يشرب الخمر بطل الشرط لأنه مناف للكتاب، وإذا شرط أن لا تكون الزوجة محرمة له بطل، سواء كان الشرط في ضمن النكاح أو المضاربة، وقد ذكروا أن الشرط الفاسد لا يكون مفسداً.

{ولو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة أخرى سابقة} لم يلزم الشرط، لما تقدم من أن الشرط في ضمن العقد الجائز لا يوجب اللزوم، فقول المصنف: {صح ووجب الوفاء به} محل نظر، ولذا أشكل عليه بعض المعلقين.

{إلا أن يفسخ هذه المضاربة} التي في ضمنها الشرط {فيسقط الوجوب}

كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به

عن المضاربة الأولى {كما أنه لو اشترط في مضاربة مضاربة أخرى في مال آخر، أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به} عند المصنف، نعم الشرط صحيح لكن لا يجب الوفاء به عندنا على ما تقدم، وعدم وجوب الوفاء به هو اختيار جمع من الفقهاء.

قال في مفتاح الكرامة: قال في جامع الشرائع: لو أعطاه ألفاً قراضاً على أن يأخذ منه ألفاً بضاعة جاز، و لم يلزم الوفاء به، وهو تحرير المبسوط.

أقول: قال في القواعد: ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر، أو يأخذ منه بضاعة أو قراضاً أو يخدمه في شيء بعينه، فالوجه صحة الشرط، وهل مراده ما ذكراه من الصحة بدون لزوم الوفاءِ، كما حكي عن تحريره التصريح بعدم لزوم الوفاء به، أو مراده لزوم الوفاء، كما يظهر من جامع المقاصد حيث قال جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد: وجه الصحة عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، وقوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»[2]، وليس الشرط محرماً ولا منافياً لمقتضى العقد، احتمالان، لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة عدم اللزوم.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) الوسائل: ج١٥ ص٤٩ الباب ٤ من أبواب المهور ح٢. الكافي: ج٥ ص٤٠٤.

ما دامت المضاربة باقية، وإن فسخها سقط الوجوب، ولا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر بدعوى أنها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هي أولى بالجواز، وأنها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ اللازمة منها.

نعم من يقول بوجوب الوفاء كالمصنف يشترط ذلك بـــ {ما دامت المضاربة باقية، وإن فسخها سقط الوجوب} لأن اللزوم جاء من قبل العقد، فإذا سقط العقد سقط الوجوب.

{و} كيف كان، فما ذكره المصنف من أنه {لابد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط في ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله}، قد عرفت سابقاً ما فيه، وأن مقتضى القاعدة هو المشهور، {كما اختاره صاحب الجواهر} وغيره {بدعوى أنها تابعة للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه} أي العقد {هي أولى بالجواز}، الأولوية لأن تابع الشيء أضعف من الشيء.

{وأنها} أي الشروط {معه} أي مع العقد الجائز {شبه الوعد} إذ لا ملزم له.

{و} عليه فـــ {المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]} العقود {اللازمة منها

(١) سورة المائدة: الآية ١.

لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق، والمراد من قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز

لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق} فحيث لا لزوم لعقد كان خارجاً عن إطلاق الآية بالدليل الخارجي، كالإجماع في باب المضاربة على ما تقدم، {والمراد من قوله (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم»}[1]، إما {بيان صحة أصل الشرط، لا اللزوم والجواز}، وإنما يفهم اللزوم والجواز من الضميمة، أو أنه ظاهر في الوجوب واللزوم وخرج منه الشرط في ضمن العقد الجائز، وكذلك الشرط الابتدائي إن قلنا بأن الشرط يطلق على الابتدائي أيضاً، وعليه فلابد أما التصرف في كلمة (عند) أو كلمة (شروطهم).

أما ماذكره المستمسك من أن الآية والرواية لا دلالة فيهما على الحكم التكليفي وإلا لزم ترتب عقابين على البائع إذا امتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري، عقاب الغصب والعدوان على مال الغير، وعقاب مخالفة وجوب الوفاء، ولا يمكن الالتزام بذلك، فيتعين أن يكون المقصود منها الإرشاد إلى صحة العقد والشرط والنذر، ومقتضى العموم الأزماني عموم الصحة بحسب الأزمان فيدل على اللزوم وعدم ترتب أثر على الفسخ لو وقع، وقد خرج من ذلك نفس العقد الجائز، وبقي الشرط الواقع في ضمنه على حاله، إلى آخر كلامه.

فيرد عليه أولا: إن الوضع والتكليف وجهان لشيء واحد، لما ذكره الشيخ في الرسائل من أن التكليف ينتزع منه الوضع، فلا يكون هناك حكم وضعي

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح٤.

إذ لا يخفى ما فيه.

في قبال الحكم التكليفي، فالآية والرواية تدلان على الحكم التكليفي، ووحدة الحكم توجب وحدة العقاب لدى المخالفة.

وثانياً: لو سلمنا تعدد الحكم التكليفي والوضعي، لا يلزم من كون الآية والرواية في صدد الحكم التكليفي تعدد العقاب، فإن العقاب على مخالفة الوضعي بالإضافة إلى مخالفة التكليفي خلاف الضرورة والإجماع.

وثالثاً: إذا سلمنا خروج العقد الجائز عن إطلاق (أوفوا)، لزم ذلك خروج الشرط في ضمنه عن اللزوم، لما تقدم من الأدلة على أن ما في ضمن العقد الجائز ليس لازماً، وقد عرفت ذهاب المشهور إلى ذلك.

ورابعاً: إن معنى (أوفوا) و(عند) هو الدوام، لا أن ذلك مقتضى العموم الأزماني، فإنه لو فسخ لم يكن (وفى) ولم يكن (عند).

وبما تقدم ظهر أن قول المصنف: {إذ لا يخفى ما فيه} محل نظر، كما ظهر أن احتمال أن يكون (أوفوا) و(عند) استعمل في الأعم الشامل للواجب والمستحب مثل: (اغتسل للجمعة والجنابة) فالوفاء بالعقد اللازم لازم وبالشرط اللازم لازم، أما الوفاء بالعقد الجائز والشرط في ضمنه فمستحب محل نظر، إذ أنه وإن كان ممكناً حسب تحمل اللفظ لو كانت قرينة، إلاّ أنه خلاف الظاهر، إذ ظاهر (أوفوا) الوجوب، وظاهر (عند) البقاء عنده، وذلك مما يلازم الوجوب أيضاً، أو هو عبارة أخرى عنه.

(مسألة ٣): إذا دفع إليه مالاً وقال: اشتر به بستاناً مثلاً، أو قطيعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح مضاربة، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك، ففي صحته مضاربة وجهان:

(مسألة ٣): {إذا دفع إليه مالاً وقال: اشتر به بستاناً مثلاً، أو قطيعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صح المضاربة} لإطلاق الأدلة الشاملة لمثل ذلك، ومنه يظهر صحة المضاربة في اشتراء الأرض للمضاربة، ثم اللازم أن تكون نتيجة الأمر الاسترباح ولو لم يكن في هذا الاشتراء ربح قطعاً بل خسارة إذا كان ذلك لازم المعاملة، مثلاً اللازم في عالم التجارة دوران المال من جهة تشغيل العمال ونحوه، وذلك يقتضي التعامل بما يتضرر في بعض الوقت، فإن مثل هذا التعامل لا يضر بالمقصود من المعاملة الذي هو الاسترباح في آخر الأمر، فتعبيره بالاسترباح لا يراد به إلاّ النتيجة ولو البعيدة.

{وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك} بين المالك والعامل {ففي صحته مضاربةً وجهان} بل قولان:

الأول: الفساد، قال في القواعد: (ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه كالشجر والغنم، فالأقرب الفساد، لأن مقتضى القراض التصرف في رأس المال).

وقال في مفتاح الكرامة في شرحه: (كما هو خيرة المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك).

من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة.

الثاني: الصحة، كما اختاره مفتاح الكرامة، وقال: (إنه مقتضى إطلاق أكثر عبارات القدماء، وبعض المتأخرين).

وجه البطلان ما أشار إليه المصنف بقوله: {من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصح} لأن القراض عمل تجاري، ولذا قال في جامع المقاصد: (إن مقتضى القراض الاسترباح بالتجارة وليس موضوع النزاع ــ إي اشتراء البستان والغنم ــ كذلك فلا يصح القراض عليه وهو الأصح) انتهى.

والظاهر أن الفرق بين دليل القواعد ودليله أن الأول أعم، لأن التصرف قد يكون استرباحاً وقد لا يكون، ففي مثل الغنم والشجر لا تصرف ولا استرباح، فقول المستمسك على جامع المقاصد: (لم يتضح الفرق بين التعليلين) محل مناقشة، وأضاف المستمسك قوله: (العمدة عدم دليل على صحة المضاربة في المقام ومفهومها العرفي يأباه.

{ومن أن حصوله} أي الربح {يكون سبب الشراء فيكون بالتجارة} بعد صدق المضاربة والتجارة عرفاً على ذلك، فيشمله عنوانا التجارة والمضاربة الواردان في النص والفتوى.

ومنه يعلم عدم الاحتياج إلى صدق التصرف الذي ذكره العلامة، كما يعلم وجه النظر في استدلالي جامع المقاصد والمستمسك، كما أنه لا يبقى مجال للأصل الذي تمسك به الجواهر دليلاً على عدم ترتب الأثر.

والأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة، لا مثل هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة

أما قول الجواهر إنه لم يعرف القول بالصحة لأحد من أصحابنا، فإن أراد الصريح فقد عرفت فتوى مفتاح الكرامة بالصحة، وإن أراد إجمالاً فقد تقدم أن إطلاق غير واحد من القدماء والمتأخرين يشمله، ولذا قوى بعض المعاصرين الصحة {و} هو الأقوى، خلافاً لتردد الشرائع وقول المصنف: {الأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة، إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات وزيادة القيمة} لا مثل هذه الفوائد، وفيه ما عرفت في جواب القائل بالبطلان.

{نعم لا بأس بضمها إلى زيادة القيمة} كما عن المبسوط والسرائر والتذكرة والجامع، وقال في المسالك: (واعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعاملة، وإلا فلا يمنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلاّ أن الربح لم يحصراه فيها لإمكان تحصيله من أصل المال) انتهى.

وحيث إن إطلاق أدلة المضاربة يشمل النماء أيضاً، لا فرق بين تعرض المتعاقدين للنماء وعدمه، فإنه داخل في الربح على أي حال.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (إذا حصل النماء من باب الاتفاق، ولم يكن قد تعرض له المتعاقدان، فالقاعدة تقتضي كونه للمالك، لأنه نماء ملكه، ولا وجه لمشاركة العامل فيه) محل إشكال، إذ بعد شمول إطلاق عقد المضاربة

وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات.

له لا وجه لاختصاص المالك به، وعليه فلا فرق بين اشتراط كون النماء لهما صريحاً أو إطلاقاً.

نعم لو كان النماء خارجاً عن الإطلاق كان اللازم كونه للمالك، لأنه نماء ملكه، فتأمل، كما أنه إذا شرط في عقد المضاربة كون النماء كلاً للعامل صح الشرط، وإن لم يلزم الوفاء به من جهة أن الشرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء به.

{و} كيف كان، فـــ {إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحته للعمومات} أي عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونحوه، على ما تقدم من أن العمومات تشمل كل عقد، ولو لم يكن في زمن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) والأئمة (عليهم السلام)، إذ احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف من جهة الانصراف قد تقدم الإشكال فيه، كما أفتى بذلك المستمسك، وسكت جملة من المعلقين على الماتن مما يظهر رضاهم به، نعم أشكل فيه آخرون، بل جعله بعضهم باطلاً.

(مسألة ٤): إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان، أقواهما الأول، لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيل، بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلاّ مع التعدي أو التفريط.

(مسألة ٤): {إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحته وجهان} بل قولان {أقواهما الأول} أي الصحة، لإطلاق أدلة الشروط[1]، وعدم منافاة هذه الشروط إلاّ لإطلاق المضاربة، لا لمقتضاها ولا للكتاب والسنة.

{لأنه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد، كما قد يتخيل} ذكره القواعد وهو القول الثاني، قال: ولو اشترط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد، مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران، وعلله جامع المقاصد بأنها منافية لمقتضى العقد شرعاً فيبطل العقد بها، لأن التراضي المعتبر فيه لم يقع إلا على وجه فاسد فيكون باطلاً.

وقال في مفتاح الكرامة: (البطلان فيها صريح التذكرة في آخر الباب، والإيضاح، وقضية كلام الباقين).

{بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه} أي مقتضى الإطلاق {كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط} ولذا قال في الجواهر:

---

(١) الوسائل: ج١٥ ص٤٩ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح٢.

(إن جميع هذه الأمور من الأحكام، أو ما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافياة مقتضاه التي تعود عليه بالنقص، فتأمل جيداً) انتهى.

والفرق بين مقتضى الإطلاق والأحكام أن الأول ما يكون من حقيقة العقد عرفاً الذي قرره الشارع، والثاني ما رتب الشارع عليه من الحكم مما لا يرتبط بالعرف، مثلاً الشارع اشترط الصيغة في النكاح، بينما العرف لا يرى ذلك، حيث إنهم يرون كفاية الرضا بالزوجية من الطرفين، فإن اللفظ ليس إلاّ مظهراً، فإذا كان المظهر غيره كفى.

لأنه يقال: إن كون الخسارة على العامل كلاً أو بعضاً، خلاف الدليل الذي دل على أن «الأمين ليس عليه إلاّ اليمين».

لأنه يقال: وإن كان خلاف ذلك، إلاّ أن ذلك خلاف إطلاقه، لا ما إذا شرط ضمانه.

وبما تقدم ظهر أن ما في تعليقة السيد البروجردي وبعض آخر، من أن اشتراط كون الخسارة على العامل، كأنه اشتراط لأمر غير معقول، محل منع، فأي غير معقولية لهذا الشرط، ولنفرض أن المالك عنده مائة يريد ادخاره ليوم حاجته ويأتيه العامل للمضاربة، وحيث إنه لا يتحمل الخسارة يشرط عليه هذا الشرط، فهل هذا غير معقول ولو عرفياً، بله كونه معقولاً عقلياً، فإن العامل العاقل يقدم على مثل ذلك إذا كان يرى فيه احتمال الربح العقلائي كإقدام كل أصحاب الأموال على مثل ذلك، ويؤيده صحة مثل هذا الشرط جملة من الروايات:

مثل المروي عن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) في كتب الفريقين «الخراج بالضمان»[1]، حيث دل على أن الربح في قبال الخسارة، فإذا كان العامل يربح فهو يخسر عند الخسران.

لا يقال: الحديث منصرف من هذه الصورة، لأن العامل يعطي عمله وخسارة المال ويكون حينئذ أسوأ من دابة الكراب، حيث إنها تشبع في قبال عملها.

لأنه يقال: بالإضافة إلى أن الاستحسانات لا مجال لها في الفقه، وإلى أن النقض وارد على نفس القائل، حيث إنه يصح عدم شيء للعامل عند الخسارة فيكون أسوأ أيضاً من دابة الكراب، حيث لم يشبع العامل في قبال عمله، إن الخسارة تكون على المالك والعامل على حد سواء، إذ المال عمل مجسم للمالك، فإذا جعل الخسارة بينهما، كان قد خسر كل من المالك والعامل: المالك عمله المجسم والعامل عمله اليدوي، بالإضافة إلى عمله المجسم الذي هو المال الذي يعطيه للمالك خسارة، وحيث إن كل واحد يخسر عمله لا فرق بين الزيادة والنقيصة في العمل، مثلاً عمل المالك يومين حتى حصل على دينارين وخسرهما العامل إياهما في يوم، حيث يعطي ديناراً للمالك، حسب شرط تقسيم الخسارة بينهما نصفين، فإن المالك خسر عمل يوم والعامل

(١) انظر الوسائل: ج١٣ ص٢٥٧ الباب ١٧ من أبواب الإجارة ح١، ٢، ٣، ٤. المستدرك: ج٢ ص٤٧٣ الباب ٧ من أبواب الخيار ح٣. انظر السنن لابن ماجة: ج٢ الباب ٤٣ من أبواب التجارات.

خسر عمل يومين، يومه الذي ذهب في الخسارة، ويومه الثاني الذي ربح فيه ديناراً وأعطاه للمالك.

وقد تتساوى الخسارتان، فقد عمل المالك يوماً حتى ربح دينارين وخسرهما العامل في نصف يوم، وربح في النصف الثاني دينارين حيث يعطي ديناراً منها للمالك، فيكون الحاصل أن كلاً منها عمل يوماً، وكأن ناتجه له ديناراً.

وإذا فرض أن العامل حصل ثلاثة دنانير في نصف اليوم كانت خسارة المالك أكثر، حيث إن المالك حصل ديناراً لعمل يوم، والعامل حصل دينارين.

وفي حسن الكاهلي، عن أبي الحسن موسى (عليه السلام)، في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة، فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه، قال (عليه السلام): «على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح»[1].

وهذه الروايات ناظرة إلى المضاربات العرفية، حيث يجعلون الخسارة والربح بالنسبة إلى كليهما، فلا وجه لجعل الحديث متروكاً، كما قال به بعضهم.

أما صحيح محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث: إن علياً (عليه السلام) قال: «من ضمن تاجراً فليس له إلاّ رأس ماله، وليس له من الربح شيء»[2]، وفي بعض طرقه: «من ضمن مضاربة»[3] فلا ينافي ما ذكرناه، لاحتماله أن

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٦ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح٦.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٦ الباب ٤ من أبواب المضاربة ح

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٦ الباب ٤ من أبواب المضاربة ح١.

يكون المراد إعطاء المالك مالاً للتاجر ليتجر به لنفسه، لا مضاربة، فليس للمالك ربح، كما ليس له خسارة، والنسخة الثانية غير ثابتة، فلا تكون دليلاً على خلاف ما ذكرناه، ولذا حمله في محكي الوافي وغيره على أن يكون المال قرضاً، ولا يرد عليه ما في المستمسك قائلاً: (وهو مع أنه خلاف الظاهر منه مخالف للقواعد)، إذ لم يعرف وجه كونه خلاف الظاهر منه، ولا كونه مخالفاً للقواعد.

أما روايات كون الوضعية على المالك فهي غير منافية، لأنها ذكرت مطلقة، لا أنها كذلك حتى في حال الشرط، فهي مثل سائر روايات أحكام المعاملات حيث يمكن رفع جملة منها بالشرط.

ففي صحيح إسحاق بن عمار، عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن مال المضاربة، قال (عليه السلام): «الربح بينهما، والوضيعة على المال»[1].

وفي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء، إلاّ أن يخالف أمر صاحب المال»[2].

ومثلهما رواية الكناني، وغيرها[3].

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٦ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٦ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٤.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٦ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٦.

واحتمال أن يكون ذلك مقتضى العقد خلاف الظاهر، حيث إن العقد عرفي، والعرف يرى أن ذلك مقتضى إطلاق العقد.

وبذلك تبين أن الإشكال على الشرط المذكور بأنه خلاف مقتضى العقد أو خلاف الكتاب والسنة أو خلاف العقل، وعليه فيفسد الشرط فقط، أو يفسد العقد أيضاً، كما ذهب إلى كل بعض، غير ظاهر الوجه.

(مسألة ٥): إذ اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلاني، أو إلاّ إلى البلد الفلاني، أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلاّ الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلاّ من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلاّ من شخص معين

(مسألة ٥): {إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً} في مدة المضاربة، لا لأجل الأعمال التجارية، ولا لأجل نفسه في زيارة أو غيرها، السفر الشرعي، أو حتى غير الشرعي، والمتبع عند الشك الفهم العرفي، حيث إنهم يفهمون مطلق السفر لا الشرعي منه، فإذا كان عاصياً في سفره مما لا حكم شرعي له، كان مشمولاً لنهي المالك.

{أو إلى البلد الفلاني، أو إلاّ إلى البلد الفلاني}، أو المستغرق لزمان كذا، كالسفر عشرة أيام، أو في شهر شوال مثلاً، أو بالوسيلة الفلانية كالدابة، أو مع الرفقة الفلانية، إلى غير ذلك من مقيدات السفر إيجاباً أو سلباً.

{أو لا يشتري الجنس الفلاني، أو إلاّ الجنس الفلاني}، أو بسائر القيود المربوطة بالجنس إيجاباً أو سلباً.

{أو لا يبيع من زيد مثلاً، أو إلاّ من زيد}، أو كان نهيه وأمره مقيداً بقيد مثل ألاّ يبيع من زيد في الصيف، أو لا يبيع له إلاّ في الصيف، حيث يرى المالك اختلال تصرف زيد في أحد الوقتين، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{أو لا يشتري من شخص، أو إلاّ من شخص معين}، أو النوع بدل الشخص إيجاباً أو سلباً، أمراً ونهياً، مطلقاً أو مع قيود، زمانية أو مكانية، أو غيرهما.

{أو نحو ذلك من الشروط} مما يجمعها الشروط الزمانية والمكانية والمعاملية كالنقد والنسيئة، والوسائلية مثل السفر ووسيلته، والطرفية، أي طرف المعاملة،

أو شيء خارج عن المعاملة، مثل أن يتزوج، حيث يرى المالك أن عدم زواج العامل يسبب تهمته، مما لا يناسب المالك أن يكون عامله كذلك، إلى غير ذلك

{فلا يجوز له المخالفة}، كما ذكر بعض الشروط المذكورة وقال بصحتها المبسوط والشرائع والتذكرة والقواعد والمسالك وجامع المقاصد والمفاتيح والغنية والسرائر وغيرهم، وادعى بعضهم عدم الخلاف، أو الإجماع على الصحة، ونص بعضهم بالصحة، وإن ضاقت بذلك التجارة.

أما أصل جواز الشرط، فيدل عليه إطلاق: «المؤمنون عند شروطهم»، والروايات الخاصة في المقام مما تقدم بعضها ويأتي بعضها الآخر.

وأما أنه لا يجوز له المخالفة، فالمراد به تارةً عدم الجواز تكليفاً، وذلك إذا تصرف في المال تصرفاً ممنوعاً منه، مثلاً قال له: لا تذهب بالمال إلى بلد آخر، أو لا تعطه إلى زيد، أو ما أشبه ذلك، فإنه تصرف غير مأذون فيه، وذلك حرام كتاباً وسنةً وإجماعاً وعقلاً.

وتارةً عدم الجواز وضعاً إلى عدم النفوذ، كما إذا قال له: لا تبع من زيد، فباع منه، فإنه لا يجوز البيع، أي لا ينفذ إذا باع، وإنما يكون فضولياً إن اجازه المالك جاز وإلاّ بطل.

ومنه يعلم أن قوله: {وإلاّ ضمن المال لو تلف} لابد وأن يراد به ما إذا تصرف في المال تصرفاً عملياً خلاف إذن المالك، إذ التصرف غير العملي كالبيع ممن منعه عن بيعه بدون التسليم له، لا يوجب تلفه الضمان، لأنه لم يعمل عملاً

في المال، ومجرد العقد لا يوجب الضمان، تلف أو لا، إذا لم يكن التلف بتعد أو تفريط.

{بعضاً أو كلاً} لإطلاق دليل اليد وغيره، نعم قد يقال: بإنه إذا تصرف تصرفاً عملياً في المال، إنما يكون ضمان إذا كان التصرف سبباً لذلك، لا ما إذا كان التلف على أي حال، مثلاً قال المالك: لا تدع الماشية ليلاً في المراح خوفاً من السارق، والعامل لم يسمع وجعلها في المراح، وجاء السارق وسرقها، ولم يكن فرق في كونه تسرق بين كونها في المراح أو غيره، فإن دليل اليد وإطلاق دليل الضمان في المورد منصرف عن مثل ذلك.

ثم لو شرط عليه شرطاً وعلم أنه لو اتبع الشرط عطب، كان عليه عدم اتباع الشرط، فلو اتبعه كان ضامناً، كما إذا قال له: اجعلها في المراح، وعلم بأن السارق يسرقها من المراح دون الاصطبل مثلاً، فإنه لا يحق له جعلها في المراح، لأن الشرط منصرف عن هذه الصورة، اللهم إلاّ إذا صرح بأنه يجعلها في المراح وإن علم أنها تسرق، إذ لا حرمة ولا ضمان حينئذ، اللهم إلاّ إذا كان حرمة كونه تعاوناً على الإثم، حيث إن السرقة حرام، أو كان اتباع شرط المالك حراماً شرعاً، كما إذا علم أن وضعها في المراح يوجب لدغ الحية لها فتهلك، فإنه إتلاف للمال، وهو غير جائز شرعاً.

ثم إنه لا خلاف في الضمان إذا تلف المال، ويدل عليه جملة من النصوص، مثل صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل

يعطي المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج، قال (عليه السلام): «يضمن المال والربح بينهما»[1].

وصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال في الرجل يعطي المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن كان الربح فهو بينهما»[2].

وفي روايته الأخرى، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربةً فيخالف ما شرط عليه، قال (عليه السلام): «هو ضامن والربح بينهما»[3]، إلى غير ذلك من الروايات.

{وضمن الخسارة مع فرضها} بأن لم يتلف المال وإنما خسر {ومقتضى القاعدة} أن ما يذكر في المضاربة على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يكون مصب العقد، مثل عقد المضاربة لاشتراء الغنم، فاشترى بقراً.

الثاني: ما يكون خارجاً عن مصب العقد، لكن على نحو القيد، فيكون المصب مقيداً حتى إذا انتفى القيد انتفى المصب.

الثالث: ما يكون شرطاً، أي على نحو الالتزام في الالتزام، حتى إذا لم يعمل

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ٢ من أبواب المضاربة ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٥.

وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية إذا أجاز المعاملة، وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام

العامل بالشرط، كان العقد باقياً، وإنما للمالك خيار تخلف الشرط.

ثم الداعي في الثاني والثالث قد يكون خوف الخسارة فيقيد، أو يشترط المعاملة بأن لا يكون مواد الإنشاء لخوف الخسارة، وقد يكون غير خوف الخسارة، بل بداع آخر مثل أنه لا يريد التعامل مع زيد وإن كان ربح.

ففي قسم الأول: إذا خالف كانت معاملة فضولية، لأنها خارجة عن مصب المعاملة.

وفي القسم الثاني: إذا خالف كانت المعاملة فضولية أيضاً، لأن المقيد يذهب بذهاب قيده، من غير فرق بين أن يكون الداعي خوف الخسارة أو غيره، إذ الداعي لا مدخلية له في المعاملة، فلا فرق في فضولية المعاملة بين عدم الربح والربح.

وفي القسم الثالث: تكون المعاملة صحيحة، وإنما للمالك خيار تخلف الشرط، من غير فرق بين الداعيين.

وإلى ما ذكرناه أشار المصنف بقوله: ومقتضى القاعدة {وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيدية} سواء كان المقيد مصباً كما في القسم الأول، أو قيداً كما في القسم الثاني.

{إذا أجاز المعاملة} لأنها فضولية {وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام في الالتزام} وكون الربح في القسمين

الأولين، قد يكون لكلا العامل والمالك إذا كان من قبيل زيادة قيمة الثوب بالصبغ مما يوجب الشركة، وإن كان فاعل ذلك غاصباً، وقد يكون للمالك فقط إذا لم يكن من قبيل الشركة القهرية.

{وكون تمام الربح له} أي للمالك {على تقدير الفسخ} في القسم الثالث إذا لم يكن من قبيل الشركة القهرية، وإلا لهما إذا كان من قبيل الشركة القهرية، أو إذا لم يأخذ المالك بخيار الشرط فبقيت المضاربة على حالها.

{إلا أن الأقوى اشتراكهما في الربح} على ما قرراه في المضاربة في كل الأقسام الثلاثة، وقد نسب إطلاق الاشتراك في الربح إلى الأصحاب.

وعلى ماذكرناه فالكلام في أمرين:

الأول: في كون مقتضى القاعدة ما ذكره المصنف وأيدناه.

الثاني: في أن كلام الأصحاب تبعاً للروايات، هل يشمل كل الأقسام الثلاثة أم لا.

أما الأول: فقد عرفت أن مقتضى القاعدة هو كلام المصنف، مع بعض الملاحظات التي ذكرناها على كلامه.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المستمسك حيث ذكر قسماً رابعاً بقوله: (أن يأمر المالك به أو ينهى عنه، من دون ملاحظة كونه شرطاً له على العامل ولا قيداً للعمل، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائدة، مثل أن يقول: احمل النقد

في هميان، أو اتخذ حارساً يحفظ مال التجارة) إذ فيه: إن ذلك إن كان أمراً خارجاً عن المعاملة لم يرتبط بالمضاربة فلا وجه لعده في سياق الأقسام الثلاثة، وإن كان أمراً داخلاً كان مصباً أو قيداً أو شرطاً، ولا يتصور قسم رابع.

ثم إنه قسم المقوم والخارج إلى قسمين بقوله:

(الأول: ما يؤخذ قيداً في مقام الواقع، كما إذا قال: لا تتجر بالأكفان، ولو خالف كان غير مأذون فيه، فصحتها على خلاف قاعدة السلطنة، لا تصح إلاّ بإجازة المالك.

والثاني: ما أخذ قيداً في مقام الظاهر خوفاً من الخسران، كما إذا قال: لا تشتر التمر فإنه خطر فاشترى تمراً وربح، فالمعاملة وإن كانت غير مأذون فيها ظاهراً، مأذون فيها واقعاً، ولا منافاة بين الأمرين، لعدم التنافي بين الحكم الظاهري والواقعي، فالمعاملة صحيحة ولا تحتاج إلى الإجازة).

وفيه: إن الاختلاف قد يكون بالداعي، وقد يكون بتوجه المعاملة وعدمه، فإن كان الاختلاف بالداعي كان عدم اتجاره بالأكفان وبالتمر على نسق واحد في المنع، ولا يهم اختلاف الداعي في كون المعاملة فضولية، وإن كان الاختلاف بتوجه المعاملة وعدمه، فلا ربط للظاهر والواقع، وكلاهما واقع حينئذ، إلى غيرهما من واقع النظر في كلامه (رحمه الله).

وأما الثاني: فالظاهز إطلاق النص والفتوى، فإن الأقسام الثلاثة متعارف في المعاملات، ومع ذلك لم تنبه الروايات على الفرق بينها، واختلاف تعبير الروايات إنما يستفاد منها الاختلاف في التعبير العرفي لا الدقة، فقد تقدم في

رواية محمد بن مسلم: وينهى أن يخرج به فخرج، قال (عليه السلام): «يضمن المال والربح بينهما»[1].

وفي رواية الحلبي المتقدمة: وائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما»[2].

وفي رواية الحلبي: فيخالف ماشرط عليه، قال (عليه السلام): «هو ضامن والربح بينهما»[3].

وفي رواية الكناني، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به إلى الأرض، وينهى أن يخرج به إلى أرض غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال، فقال: «هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما»[4].

وفي رواية الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء، إلاّ أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٥.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب١ من أبواب المضاربة ح٦.

شيئاً مما أمرتك فأنت ضامن للمال[1].

وعن جميل، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى غير الذي أمره، قال: «هو ضامن والربح بينهما على ما شرط»[2].

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: «هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»[3].

إلى غيرها من الروايات.

وبناءً على هذه الروايات، فهما مشتركان في الربح على ماقررا، {لجملة من الأخبار} المتقدمة {الدالة على ذلك}، أما ماذكره السيدان البروجردي والجمال، والعبارة للاول: (لا يبعد ورودها على طبق القاعدة، فإن غرض المالك من المضاربة هو استنماء المال وإنما يمنع عن العمل على وجه خاص لجهله بالواقع وكونه عنده معرضاً للخسران مثلاً، فإذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لأجله فاستحق نصيبه منه، وإن كان خرج بها عن الأمانة).

فيرد عليه أولاً: إن أصل الربح يختلف عن كميته، فيمكن أن يكون الربح إذا عمل بنظر المالك أضعاف الربح الذي ربحه مع مخالفة المالك.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٧.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٩.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح١٠.

وثانياً: هل يقول السيدان بمثل ذلك في سائر المعاملات، كما إذا أعطاه مالاً ليرهن داراً وقصده أن يسكنها فاشتراها، أو بالعكس، حيث إن المال لا يفنى على كلا الحالين، ويمكن نضه عند الاشتراء ببيع الدار إذا لم يردها، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإنه لوكان الداعي مؤثراً لزم القول به في كل مكان، وإن لم يكن مؤثراً كانت هذه الروايات على خلاف القاعدة.

نعم يمكن أن يجعل هذه الروايات على وفق القاعدة باعتبار أن الربح وليد المال والعمل، فاللازم تقسيمه بينهما، فيكون حاله حال ما إذا صبغ الغاصب الثوب فارتفعت قيمته، حيث يكون الربح بينهما، وإن كان التلوين على خلاف رضاية المالك.

ومثله يقال إذا كان لزيد أرض ومواد بناء فبناهما البناء بدون رضى زيد، حيث إن ارتفاع الدار يكون بينهما، وكذا إذا سمن الغاصب غنم المالك برعيها في الأعشاب تكون زيادة القيمة لهما.

إلى غير ذلك من الأمثلة خصوصاً إذا لم يكن الأمر على وجه الغصب والمخالفة العمدية، بل من جهة النسيان والاضطرار وما أشبه، حيث يشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1] ونحوه.

{ولا داعي إلى حملها على بعض المحامل} كما في الجواهر قال: (ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادة بقاء الإذن في المضاربة، وإرادة الضمان من الاشتراط، كما يؤمي إليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق[2]، وخصوصاً ذكره (عليه السلام) له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك

(١) المستدرك: ج٣ ص٥١٥ الباب ١ من أبواب نوادر الشهادات ح٥.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٥.

ولا إلى الاقتصار على مواردها لاستفادة العموم من بعضها الآخر.

هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط، كما عساه يومي إليه خبر رفاعة، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أذهبته أو أكلته فأنت له ضامن، قال: «هو له ضامن إذا خالف شرطه») انتهى.

وذلك لأن بعض الروايات مطلقة، والقرينتان لا تصلحان لتقييد المطلقات، ولذا ذهب المشهور من المعاصرين إلى ما ذهب إليه المصنف، ولم يرتضوا بحمل الجواهر، ولو جعلنا الروايات على القاعدة بناءً على ما ذكرناه كان الحمل خلاف القاعدة أيضاً.

{ولا إلى الاقتصار على مواارردها} قال في الجواهر: (ومن هنا جعل بعض الناس على ما في النصوص ولعل اقتصار المصنف على هاتين الصورتين لذلك) ومراده قول الشرائع: (ولو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن، ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط) انتهى.

ثم قال الجواهر: (لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الأعم من ذلك، وهو كل شرط قد خولف، وهو الذي جزم به غير واحد) إلى آخر كلامه، لكن تخصيصه الأمر بالشرط لا وجه له بعد أن عرفت أن الأمر على ثلاثة أقسام.

{لاستفادة لعموم من بعضها الآخر} وقول المستمسك: (لا يظهر وجود العام الدال على الاشتراك في الربح مع المخالفة، وإنما الموجود العام الدال على

الضمان مع المخالفة لا غير)، محل إشكال كما لا يخفى.

ثم لو خالف ثم رجع إلى شرط المالك والمال لم يصب بأذى فهل يكون ضامناً أم لا، كما إذا شرط عليه السفر من بغداد إلى كربلاء، فسافر إلى الحلة، ثم رجع إلى بغداد فسافر إلى كربلاء، أو شرط عليه أن لا يتاجر بالحنطة فتاجر بها ثم باعها من غير ربح ولاخسارة ونقد المال فاشترى به القطن مثلاً، احتمالان.

وإن كان مقتضى القاعدة التفصيل بين إرادته عدم ذلك إطلاقاً فيكون الضمان، أو عدم ذلك عند التجارة بالمال بقصد المضاربة في الجملة فلا ضمان، فإن العقود تتبع القصود.

ثم الظاهر أن مخالفة المالك توجب الضمان، سواء كان الشرط من شؤون المال كالتجارة بالجنس الفلاني، أو خارجاً عنها كاشتراط أن يقرأ القرآن كل صباح، وذلك لإطلاق أدلة الشرط.

وما ذكره المستمسك من الإنصراف عن الخارج مع تسليمه بأن شمول الشرط لكلا القسمين هو مقتضى إطلاق بعض النصوص والكلمات، محل منع.

(مسألة ٦): لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره، إلاّ مع إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة، إن كان هناك مصلحة، أو خصوصاً

(مسألة ٦): {لا} بأس بأن يعمل العامل في المال مختلف التقلبات التي يلزمها التجارة فـ {يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر} وذلك لأنه من أنحاء التجارة التي يعملها التجار، سواء كان ذلك المال {لنفسه أو غيره}، أقل أو أكثر أو مساوياً لرأس المال {إلا مع} نهي المالك، ونهيه يكون على الأقسام الثلاثة، مصباً أو قيداً أو شرطاً، كما تقدم.

وعليه فلا يحتاج {إذن المالك} بالخلط، خلافاً لمن جعل الأصل عدم الجواز إلا مع الإذن، كالشرائع والمسالك وغيرهما، وتبعهم المصنف، وعلله أولهما بأنه تصرف غير مشروع، وثانيهما بأنه أمانة لا يجوز خلطها كالوديعة، وظاهر المنصف تعليله بأنه لا إذن، وقربه المستمسك بما دل على حرمة التصرف في مال أحد إلاّ بإذنه، فإن لم يكن إذن في التصرف عام أو خاص حرم.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ المتعارف في التجارة الإطلاق إلاّ ماخرج، حاله حال سائر الخصوصيات، حيث لا يلزم الإذن فيها.

وكيف كان، فـ {إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به حسب ما تراه مصلحة، إن كان هناك} في الخلط {مصلحة}، وإلا فليس هذا العموم يشمل الخلط، {أو خصوصاً} كأن يقول: يجوز لك خلطه بغيره.

فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلاّ أن المضاربة باقية والربح بين المالين على النسبة.

{فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف} لعموم «على اليد» والروايات الخاصة المتقدمة {إلا أن المضاربة باقية} كما نص عليه المسالك والجواهر وغيرهما، لما تقدم من الروايات الدالة على كون الربح بينهما وإن خالف الشرط.

{والربح بين المالين على النسبة}، ومما تقدم يعلم أنه يجوز جعل البنوك الأموال التي يأخذها بعنوان المضاربة فيتاجر بها ويعطي نسبة الربح المقررة في أخير السنة لكل مالك أعطاه، مثلاً أخذ من أحدهم عشرة، ومن الثاني عشرين، ومن الثالث ثلاثين، ومن الرابع أربعين، وجعل هو مائة، فإذا ربح الجميع مائة، كان نصيب كل واحد نصف قدر ماله، والنصف الآخر لصاحب البنك، لكن لا يخفى أنه يلزم أن لا تكون النسبة إجحافاً، لأنه ممنوع شرعاً، كما فصلناه في كتاب (فقه الاقتصاد).

ولا يهم بعد ذلك أن اشترى بكل المائتين الغنم، أو اشترى بالبعض ذلك وبالبعض الحنطة والكتب وغيرهما، وقد كان ربح البعض يختلف عن ربح البعض الآخر، مثلاً ربح الغنم عشرون في المائة، والحنطة مائة في مائة وهكذا، فإن الأموال بعد الخلط صارت شركة، لكل مالك فيه بالنسبة.

ومنه يعلم أن الحكم كذلك إذا ربح في صفقة، وخسر في أخرى، ولم يخسر ولم يربح في ثالثة.

(مسألة ٧): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه، من حيث البائع والمشتري، ونوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك، إلاّ إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه

(مسألة ٧): {مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه} بلا إشكال ولا خلاف، لإطلاق الأدلة بعد إطلاق الإذن، {من حيث البائع والمشتري ونوع الجنس المشترى} والزمان والمكان والخصوصية {لكن} يجب أن يكون كل ذلك حسب الموازين العرفية الذي يشمله العقد ولو بالارتكاز.

فـــ {لا} يحق له التصرف الخارج عن المتعارف مما لا يشمله العقد، ولذا الذي ذكرناه من الإطلاق {يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك} لتعارف سفر التجار، أما ما ذكره القواعد وغيره من أنه ليس للعامل أن يسافر إلاّ بإذن المالك، بل في جامع المقاصد هو مذهب علمائنا، فلا يظهر له وجه معتد به، إلاّ أنه تغرير بالمال وأنه غير مشمول للعقد، كما علله بهما جامع المقاصد، وكلاهما ليس كلياً وإلا فقد يكون البقاء في البلد كذلك لاضطرابات في البلد ليست في خارجه.

ومن هنا يقوى أن مراد المانع تلك الصورة بالنظر إلى الأسفار البعيدة السابقة، حيث الطريق غير آمن، ولعله لما ذكرناه من عدم كلية التغرير ونحوه أهمل ذكر هذا الشرط الشرائع وغيره، ولذا قال في المستمسك: (لا فرق بين السفر والحضر في الجواز ما لم يكن قرينة موجبة للانصراف عنه).

وكيف كان، فالأصل الإطلاق {إلا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه

الإطلاق وإن خالف فسافر فعلى ما مر في المسألة المتقدمة.

الإطلاق} إذ اللازم اتباع القصد الذي صب العقد لإبدائه، ولذا لو كان المنصرف عدم فعل شيء يجعل التجارة خطراً من جهة اللص أو الحرق أو الغرق أو ما أشبه، كان اللازم تقيد العامل به، إلاّ إذا كانت التجارة في مصب ذلك، مثل أن يضاربه للاتجار بالبحر.

{و} كيف كان، فـــ {إن خالف} فيما كان ظاهره عدم السفر {فسافر، فعلى ما مر في المسألة المتقدمة} يكون الربح بينهما على ما ذكروا، وذلك لإطلاق بعض النصوص المتقدمة، وفي الحال الحاضر حيث التأمين متعارف إذا لم يؤمن في الأسفار الخطرة بل وفي الحضر فيما كان محظوراً كالمعامل المعرضة للانفجار، فالظاهر الضمان لتعارف التأمين في البلاد التي يتعارف فيها التأمين، نعم يكون الربح بينهما على ما تقدم.

وإلى ماتقدم أشار ابن العم في تعليقته بأنه يجوز السفر إلاّ أن يكون نادراً ينصرف عنه الإطلاق.

ويعلم مما تقدم أن اللازم على العامل اتباع أقل الأمرين خطراً، وإلا كان ضامناً، كما إذا كان الأمر فوضى داخل المدينة وخارجها، لكن خطر الداخل أكثر، لوحدة المعيار في أصل الخطر وزيادة الخطر، نعم لو كان الخطران متساويين فقدم أحدهما فلا ضمان للأصل.

(مسألة ٨): مع إطلاق العقد وعدم الإذن في البيع نسيئة، لا يجوز له ذلك إلاّ أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق، ولو خالف في غير مورد الانصراف

(مسألة ٨): {مع إطلاق العقد} يجوز البيع نسيئة لتعارف ذلك في الكسب، وعدم لزوم التغرير من ذلك إلاّ في بعض الأحيان، كما أن البيع نقداً أحياناً خلاف المصلحة أيضاً.

{و} من ذلك يعرف أن قول المصنف: مع {عدم الإذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك} غير ظاهر الوجه، وإن قال القواعد والتذكرة بعدم جوازه، لما فيه من التغرير بالمال، وتبعه في ذلك المسالك، بل نقله مفتاح الكرامة عن الشيخ، وجملة كبيرة من الأصحاب.

{إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق} كان الأولى أن يقول: لا ينصرف عنه الإطلاق، إذ الإطلاق شامل إلاّ أن ينصرف، لا أن الإطلاق لا يشمل إلاّ أن ينصرف.

ومما تقدم يظهر الكلام في الأقسام الستة، أي البيع والشراء نسيئةً وسلفاً ونقداً، فكلما كان خلاف الإطلاق لم يفعله.

كما أن للنسيئة والسلف مراتب، مثلاً بيعه نقداً بدينار، ونسيئةً بدينارين، والثاني أقرب إلى إرادة المالك المركوزة عند عقد المضاربة، مما أوجب إنصراف العقد إليه.

وكذلك بالنسبة إلى مدة الزمان ومكان التسليم وغير ذلك، ولما ذكرناه ذهب غير واحد من المتأخرين إلى الجواز إذا لم يكن تغرير، تبعاً للمحكي عن المختلف وغيره.

{ولو خالف في غير مورد الانصراف} (في) بيان لـــ (خالف) إذ مورد الانصراف

لا مخالفة فيه، فمقتضى القاعدة صحة المعاملة وكون الربح بينهما، وإن كان ضامناً لما تقدم من الروايات الدالة على ذلك الشاملة للمقام إطلاقاً أو مناطاً، ولذا قال في الجواهر: (إن الصحة في المقام أولى منها في صورة المخالفة الصريحة التي هي مورد النصوص، بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع)، وقد تبع الجواهر في ما ذكره جملة من المعاصرين.

ومنه يعلم الإشكال في ما ذكره ابن العم في تعليقه بقوله: (البيع باطل إلاّ إذا أجاز المالك)، كما يعلم الإشكال في تفصيل المصنف حيث قال: {فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو} وكأنه لأن المركوز من شرط النقد أن لا يتلف المال، والحال أنه لم يتلف حينئذ، لكن لا يخفى أن عليه لا فرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده.

ولذا قال المستمسك: (على تقدير الفرق ــ أي بين المقام والسابق ــ لم يكن وجه لقوله: فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وكان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك فإن أجاز فهو، وإلا رده على المشتري لبطلان المعاملة، إذ الموجب للبطلان عدم الإذن من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء، وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك) انتهى.

ولعل المصنف نظر إلى أن الاستيفاء يوجب رضى المالك طبعاً، فلا حاجة له إلى الفسخ، لكنه كلام خارجي لا يرتبط بالقاعدة الشرعية الجارية في المقام.

{وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو} لأنه فضولي قد أمضاه من له

وإلا فالبيع باطل، وله الرجوع على كل من العامل والمشتري مع عدم وجود المال عنده،

الإمضاء والفسخ، وهل يقول المصنف بأن الربح خاص بالمالك لأنه وفق القاعدة، أو مشترك للروايات السابقة، أما إذا قال الثاني أشكل عليه بأن شمول تلك الروايات للمقام يوجب عدم فضولية المعاملة، وإلا {فالبيع باطل} لأنه وقع على مال المالك من دون إذن ولا إجازة، وكأنه لذا قال: قال الشرائع: ولو خالف لم يمض إلا مع إجازة المالك، وتبعه العلامة في التذكرة والقواعد، لكن عن الشيخ في المبسوط أنه بطل، ولعل مراده بدون الإجازة، إذ لا وجه للبطلان مع الإجازة، مع أنه يقول بصحة الفضولي.

{وله الرجوع} إذا لم يجز البيع {على كل من العامل والمشتري} ممن العين في يده، لأنه إذا كانت العين موجودة لا حق للمالك في غير عينه.

نعم إذا لم يتمكن من الرجوع إلى المشتري الذي العين بيده، لغيبة أو عدم معرفة أو جور أو ما أشبه، رجع إلى البائع بالمثل أو القيمة من باب بدل الحيلولة، لقاعدة اليد، أما إذا كانت العين بيد المشتري وأمكن الرجوع إليه، فالظاهر أن له الرجوع إلى العامل، حيث إن كون يده عليه يجعله ضامناً، فليرجع العامل إلى المشتري، وبعد أخذها منه يرجعها إلى المالك.

فقوله: {مع عدم وجود المال عنده} الذي ذكره المصنف قيداً لقوله: (والمشتري) إنما ذكره لبيان الأمر الطبيعي الذي يكون بأخذ المالك ماله حيث وجده، وإلا فمقتضى القاعدة أن المالك مخير في الرجوع إلى أيهما شاء إذا أمكنه أخذها من أيهما، وفي الرجوع إلى أحدهما إذا لم يمكنه أخذها إلا من ذاك، أخذ عين أو أخذ بدل.

{أو عند مشتر آخر منه} أي من المشتري الأول، ولما ذكرناه كان المحكي عن المبسوط والتذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وغيرهم أن للمالك الرجوع إلى من شاء.

وإذا كان المالك إن رجع إلى المشتري أعطاه العين، أما إذا رجع إلى العامل لم يتمكن العامل من استرداد العين من المشتري، فهل للمالك الرجوع إلى العامل وأخذ البدل منه، احتمالان، من قاعدة تعاقب الأيدي المستفادة من «على اليد ما أخذت»، ومن أن ماله موجود وهو قادر على تحصيله فلا وجه لرجوعه إلى المثل والقيمة، ولا يبعد الثاني إن لم يكن للمالك محذور في الرجوع إلى المشتري.

{فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو} أي المشتري {على العامل} وذلك لحكم تعاقب الأيدي، حيث يرجع السابق على اللاحق، ولا يرجع اللاحق على السابق، إذ اللاحق يعطي مال الغير الذي في يده لصاحبه، ولا وجه لرجوعه إلى السابق، فإن المشترى لم يسلم إلى العامل الثمن، حسب ما ذكره المصنف: إن اطلاع المالك قبل الاستيفاء.

أما السابق فحيث ليس المال في يده وإنما في يد اللاحق كان عليه أن يرجع إلى اللاحق لأخذ العين من يد اللاحق لإعطائها إلى المالك، هذا بالنسبة إلى العين.

أما بالنسبة إلى القيمة بعد الاستيفاء، فالأمر بالعكس، فإذا أخذ المثل أو القيمة من العامل لا يرجع إلى المشتري، حيث إنه أعطى العين للمشتري وأخذ منه قيمتها، فيسلم القيمة إلى المالك، أما إن أخذ المالك المثل أو القيمة من المشتري رجع المشتري إلى

إلا أن يكون مغروراً من قبله وكانت القيمة أزيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم، إلاّ أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل

العامل لاسترداد ما أعطاه له، إذ لا يعطي المشتري قيمتين، قيمة للعامل وقيمة للمالك.

{إلا أن يكون مغروراً من قبله} بأن كان المشتري مغروراً عن العامل، فإنه يرجع إلى العامل لأن «المغرور يرجع إلى من غره».

{وكانت القيمة أزيد من الثمن، فإنه} أي المشتري {حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه} أي على العامل، فإذا اشترى المشتري المتاع من العامل بمائة، فقد يرجع المالك إليه بمائة، وقد يرجع بمائة وعشرة، وقد يرجع بتسعين، أما إن رجع بمائة وعشرة حق للمشتري أن يرجع إلى العامل بالعشرة، لأن العامل خدعه، حيث أعطاه المتاع بمائة، فلم يدخل المشتري إلاّ بضمان مائة، فإذا أخذ المالك منه عشرة أزيد، كان له أن يأخذها من العامل.

{وإن رجع} المالك {على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم} مساوياً أو أقل، فإن المالك إذا أخذ من العامل أقل من مائة {قيمة ما باعه للمشتري} لا يحق للعامل أن يأخذ من المشتري تمام المائة، إذ المتاع انتقل من المالك إلى المشتري وقيمته تسعون مثلاً لا مائة.

{إلا أن يكون} المشتري {مغروراً منه} أي من العامل {وكان الثمن أقل} بأن باعه بتسعين، والحال أنه يسوى مائة، وقد أخذ المالك من العامل مائة.

فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

{فإنه} أي العامل {يرجع} على المشتري {بمقدار} المجعول، التسعين في المثال، الذي هو {الثمن} المجعول، أما العشرة الأخرى فلا يرجع العامل إلى المشتري بها، لأن العامل قد غر المشتري بالنسبة إلى العشرة، حيث دخل المشتري على أن الثمن تسعون لا مائة.

وبذلك ظهر أن صور المسألة ستة:

لأن المالك إما أن يرجع إلى المشتري أو إلى العامل، وعلى كل حال إما أن يرجع بالأقل من الثمن، أو بالأكثر منه، أو بالمساوي.

ثم في صورتي الزيادة والنقيصة إما أن يكون غرور أو لا.

وأحكام الكل تعرف مما ذكرناه فلا حاجة إلى التفصيل.

(مسألة ٩): في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل وإلا بطل

(مسألة ٩): {في صورة إطلاق العقد} المنصرف إلى المتعارف {لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل} بدون سبب عقلائي، وذلك لأنه غير مأذون له في ذلك، وإن لم يكن تضييعاً للمال لأنه إحسان إلى البائع المستحق للإحسان مثلاً، فقولهم إنه تضييع ناظر إلى الغالب، وقد صرح بالمنع عن الاشتراء كذلك جماعة من الفقهاء.

{كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمة المثل} إلاّ في مثل الاستثناء المتقدم، ودليل المستثنى منه والمستثنى كما تقدم، وقد يمنع عن البيع بقيمة المثل أيضاً إذا كانت المصلحة في التأخير حتى يبيع بأكثر، أو يبيع بمن يشتري بأكثر في نفس الوقت، كما قد يتفق، وليس ذلك إجحافاً وتغريراً.

{وإلا} بأن اشترى بأزيد، أو باع بأقل {بطل} لأنه بيع واشتراء غير مأذون فيهما.

لكن يرد عليه أولاً: إنه لا وجه للبطلان، وإنما يكون الأمر فضولياً، اللهم إلاّ أن يقال: إن مراد المصنف والساكتين عليه من المعلقين هو ذلك، كما احتملنا في كلام المبسوط في المسألة السابقة ذلك.

وثانياً: إن الأمر بالبيع والاشتراء بقيمة المثل لا يزيد على كونه كالشرط، لأنه من باب الانصراف، وقد تقدم أن تخلف الشرط لا يوجب البطلان، وإنما الضمان، ويشتركان في الربح.

قال في القواعد: العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة، فليس له التصرف بالغبن، ولا بالنسيئة بيعاً ولاشراءً، إلا مع عموم الإذن، كافعل ما شئت، أو

خصوصه، فإن فعل لا معه وقف على الإجازة، والأقرب أنه يضمن القيمة، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولا ينحفظ بتركة سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها.

وقال في مفتاح الكرامة: (لا يقع البيع باطلاً عند القائلين بجواز العقد الفضولي، فإن أجازه المالك نفذ وإلا بطل، وحكي عن التذكرة عن بعض علمائنا ... أن البيع صحيح فيما إذا باع بدون ثمن المثل وإن لم يجزه المالك، وأن العامل يضمن النقص، وأن ضرر المالك ينجبر بضمان النقص).

{نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به} كما عن المختلف وجماعة من المتأخرين، لأن الإذن موجود مع المصلحة، إلاّ إذا صرح بعدم الإذن، ولكن في الجواهر تخصيصه بما إذا كان متعارفاً، وكأنه لعدم دخول النادر في الإطلاق، والارتكاز بدون الإطلاق لا ينفع.

ومنه يعلم عدم ورود إيراد المستمسك عليه، حيث قال: الإنصراف عن النادر ممنوع، والإطلاق محكم، إذ المصلحة وإن كانت داعية إلى المضاربة، لكن لا تلازم بين الإطلاق والمصلحة.

(مسألة ١٠): لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، وقيل بعدم جواز البيع إلاّ بالنقد المتعارف، ولا وجه له إلاّ إذا كان جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً.

(مسألة ١٠): {لا يجب في صورة الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر} قال في القواعد: (والأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطة)، وتبعه في ذلك المسالك وغيره، وذلك للإطلاق والمصلحة.

ومنهما يعرف جواز تبديله بالحق كحق التحجير، أو بالخدمة كأن يعطي الخياط المال ليخيط له الثياب وهكذا، فإن حصر دائرة المضاربة في أضيق من المضاربات العرفية غير ظاهر الوجه.

{وقيل:} والقائل الشرائع وغيره {بعدم جواز البيع إلاّ بالنقد المتعارف} وكأنه للانصراف، حيث الإطلاق {ولا وجه له إلاّ إذا كان} الجنس {جنساً لا رغبة للناس فيه غالباً} حيث إن الإطلاق لا يشمله، لكن لا بد من تقييده بما في المستمسك بأنه إذا كان فيه مصلحة أيضاً فلا بأس عملاً بإطلاق المعاملة، وعليه فقوله: عملاً بإطلاق الإذن محل نظر، إلاّ أن يريد بالإذن المعاملة.

ومما تقدم ظهر أن من أضاف إلى (النقد) كلمة (البلد) فقال: (بنقد البلد) محل إشكال.

وحيث إن المعيار الإطلاق المنصرف إلى المتعارف، فإذا كان البيع بالنقد أو بنقد البلد غير متعارف، للخطر، كما في بعض الأحيان لتبديل النقد من قبل الدولة أو لأمر آخر، كان اللازم البيع بالعرض أو بنقد غير البلد.

(مسألة ١١): لا يجوز شراء المعيب إلاّ إذا اقتضت المصلحة، ولو اتفق فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة.

(مسألة ١١): {لا يجوز شراء المعيب إلاّ إذا اقتضت المصلحة} وذلك لأن الإطلاق لا يشمل المستثنى منه، والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لأنه حينئذ يقع فضولياً، كما تقدم الكلام في مثله، فإن كان عالماً بأنه معيب واشتراه فالبيع فضولي، ولا خيار له في الرد ونحوه، لأنه من جانبه مقدم، كما لو كان مالكاً بنفسه.

نعم الخيار للمالك، وقد ذكرنا في كتاب المكاسب أن اشتراء الوكيل المعيب، أو بأكثر من ثمن المثل على أربعة أقسام: لأن المالك والوكيل إما عالمان، أو جاهلان، أو هذا عالم دون ذلك، أو بالعكس.

{ولو} كان جاهلاً و{اتفق} الشراء {فله الرد أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة}، وإن كانا متساويين تخير.

ولا يخفى أن فتوى المصنف وغيره بعدم اشتراء المعيب إلاّ مع المصلحة من باب الغالب بأن المعيب لا يرغب فيه، وإلا فلا وجه لجعل عدم الاشتراء أصلاً والمصلحة استثناءً، لأنهما في عرض واحد، وما كانا في عرض واحد لم يجعل أحدهما استثناءً عن الآخر، فلا يقال: جاء القوم إلاّ نصفهم، بل اللازم أن يقال: جاء نصف القوم فقط مثلاً.

ومن الكلام في المسألة التاسعة وهذه المسألة ظهر الكلام في بعض الخيارات الأخر، مثل أن يشتري ما لم يره، حيث خيار الرؤية، إلى غير ذلك.

(مسألة ١٢): المشهور على ما قيل: إن في صورة الإطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمة، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً من مال المالك لا كلياً في الذمة، والظاهر أنه يلحق به الكلي في المعين أيضاً، وعلل ذلك بأنه القدر المتيقن

(مسألة ١٢): {المشهور على ما قيل} وفي الحدائق أنه صرح بذلك جملة من الأصحاب: {إن في صورة الإطلاق} للمضاربة {يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمة} كما ذكره الشرائع والقواعد والتحرير، وتبعهم غيرهم، بل هو المحكي عن المبسوط أيضاً.

{وبعبارة أخرى يجب أن يكون الثمن شخصياً} لا كلياً {من مال المالك، لا كلياً في الذمة} في قبال ما قاله.

{والظاهر أنه يلحق به} أي بالشراء بعين المال الشراء بـــ {الكلي في المعين أيضاً} لأنه نوع من الشراء بعين مال المالك، فإنه لا فرق بين أن يقول: أشتري بهذا الدينار كتابك، أو أشتري بدينار من هذه العشرة، بل وكذا الكسر المشاع.

وتظهر الثمرة بين المشاع والكلي في المعين في صورة التلف، فلو اشترى ببعض العشرة كان كل تلف لبعض يخرج من كيسهما بالنسبة، أما إذا اشترى بدينار من العشرة لم يتلف مال الطرف ولو تلف تسعة، كما ذكروا في أطنان القصب حيث يحترق بعضها.

{وعلل ذلك} أي المنع {بأنه} أي الشراء بالعين {القدر المتيقن} من المضاربة

وأيضاً الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك، وأيضاً إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة، ولا يخفى ما في هذه العلل

فلا يجوز للعامل التخطي منه، وإلا كان فضولياً توقف على إجازة المالك، كما تقدم مثله.

{وأيضاً} علل كما في المسالك وغيره بأن {الشراء في الذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك}.

وربما يقرر هذا الدليل هكذا: بأنه إذا تلف رأس المال فإن أداه العامل لم يكن مضاربة، لأن العمل في المضاربة من العامل وأن المال من المالك إن أريد أداء المالك فربما لا يؤده فيبطل البيع، فأمره دائر بين عدم المضاربة وبين بطلان أصل المعاملة.

{وأيضاً إذا اشترى بكلي في الذمة لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربة} إذ هو ربح ما في الذمة، فإن الربح وليد العين الخارجي وما في قبالها أي ما في الدمة، فلا ربط له بمال المضاربة، ولذا قد يربح قبل إعطاء العامل المال للطرف، فكيف يكون الربح ربح المال، وإذا لم يكن الربح متعلقاً بمال المضاربة لم يرتب عليه أثر المضاربة.

هذا {و} لكن {لا يخفى ما في هذه العلل} من الإشكال.

إذ يرد على أولها: إن القدر المتيقن إنما يكون مع الإجمال لا مع الإطلاق، والمفروض أن المضاربة

مطلقة فلا مورد فيها للأخذ حسب القدر المتيقن.

وعلى ثانيها: إن الدليل أخص من المدعى، فنقول: لعل المالك راض بذلك، أو لعل المال لم يتلف، أو النقض بما إذا كانت المعاملة نقداً وتلف المال قبل إعطائه.

وعلى ثالثها: إنه يصدق أن الربح للمال إذا أدى المال تطبيقاً للكلي في الذمة، كما يصدق فيما إذا اشترى إنسان لنفسه شيئاً في الذمة ثم أداه من ماله الخارجي أن الربح لهذا المال الخارجي.

{و} على هذا {الأقوى كما هو المتعارف} عند العمال في المضاربات {جواز الشراء في الذمة والدفع من رأس المال} وقد قال الرياض: يمكن تنزيل كلام الأصحاب بما إذا لم يكن الغالب والمتعارف الشراء في الذمة، وإن كان ربما يرد عليه أن كلام المسالك الذي ذكر بعض الإشكالات المتقدمة آب عن التنزيل المذكور.

وفي الجواهر احتمل إرادة الأصحاب من المنع صورة الشراء في الذمة مع إرادة الرجوع إليه بغير مال المضاربة، ويرد عليه مثل ما ورد على الرياض.

واستظهر السيد البروجردي أمراً ثالثاً فقال: (الظاهر أن مرادهم بذلك أن شراءه على ذمة المالك لا يصح بنفسه حتى يثبت به شيء في ذمته، ويلزم بتأديته من غير مال المضاربة إن تعذر أداؤه منه، لا أن شراءه في الذمة وتأديته من مال المضاربة غير جائز، كما فهمه الماتن وقوى خلافه).

ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الأجناس التي عنده، والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء، ثم إن الشراء

وفيه: إن ذلك خلاف ظاهر كلماتهم، كما لا يخفى على من راجع المسالك ومفتاح الكرامة وغيرهما، ولذا الذي ذكرنا من أجوبة الاستدلالات المذكورة للمنع، تردد غير واحد منهم في المنع.

أما المعاصرون ومن أشبه فقد ذهبوا إلى الصحة إلاّ النادر منهم.

{ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه} في قبال المثمن الكلي، ولعل المصنف أراد الغالب منهم، وإلا فإطلاق كلام بعض وتصريح بعض يشمل البيع أيضاً.

{و} كيف كان فـ {مقتضى ما ذكروه} من الاستدلالات للزوم كون الثمن شخصياً {وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً} فإن الربح لا يصدق عليه أنه ربحه، إلى غير ذلك، وعليه لا يصح كون المبيع كلياً.

{ثم الدفع من الأجناس التي عنده، و} عليه فـ {الأقوى فيه} أي في المبيع {أيضاً جواز كونه كلياً} وذلك لإطلاق المضاربة بعد عدم ورود إشكال عليه، ولتعارف ذلك، وإن قال المصنف: {وإن لم يكن في المتعارف مثل الشراء} فإنه وإن سلم عدم التعارف بتلك المترلة، لكن ليس ذلك يجعله نادراً بحيث لا يشمله الإطلاق.

وكيف كان، فالكلام في كلي الثمن والمثمن، جار في كلي سائر

في الذمة يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك وفي ذمته من حيث المضاربة.

الثاني: أن يقصد كون الثمن في ذمته من حيث إنه عامل ووكيل عن المالك ويرجع إلى الأول

المعاملات التجارية التي يجريها العامل بعنوان المضاربة، كالإجارة والمزارعة والمساقاة والرهن وغيرها، إذ قد عرفت في بعض المسائل السابقة صحة كل ذلك مضاربة، بل ذكرنا أنها جارية في مثل الحقوق لجريان الحكم بعد تحقق الموضوع.

{ثم إن الشراء في الذمة يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك} فيكون المبيع للمالك {وفي ذمته} أي ثمنه في ذمة المالك {من حيث المضاربة} فيكون المبيع مورد المضاربة، وتفرغ ذمة المالك من الثمن الكلي بالمال الشخصي المعين للمضاربة، وهذا صحيح إن كان للمضاربة إطلاق يشمل ذلك.

{الثاني: أن يقصد} العامل {كون الثمن في ذمته} أي ذمة نفس العامل، لكن لا من حيث إنه فرد غير المالك، بل {من حيث إنه عامل ووكيل عن المالك} فيجعل ذمة نفسه ذمة المالك، كالوكيل الذي يجعل يده يد الموكل.

{ويرجع} هذا الثاني {إلى الأول} إذ في كليهما تشتغل ذمة المالك، لكن

وحكمها الصحة وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر.

في الأول تشتغل ذمته بنفسه، وفي الثاني بوكيله، {وحكمهما} الأول والثاني {الصحة} لشمول أدلة المضاربة لهما.

{وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا} من صحة المضاربة في الكلي.

{وإذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان} بدله {في ذمة المالك يؤدي من ماله الآخر} الذي لم يجعله في صدد المضاربة.

أما صحة المضاربة كذلك بأن يجعل الثمن في ذمة المالك، ابتداءً أو بواسطة ذمة العامل، فلأن المالك أذن له في الشراء كذلك، أو أجازه بعد الاطلاع عليه، وإلا كان الشراء باطلاً، لأنه من الفضولي بدون الإجازة كما صرح بذلك السيد البروجردي وبعض آخر من المعلقين، وأما أنه يؤديه المالك من مال آخر فاللازم أن يقال: له صورتان:

الأولى: أن يجعل العامل الثمن في ذمة المالك بدون اشتراط أدائه من مال المضاربة، وحينئذ إن أداه من مال المضاربة ــ بفرض عدم التلف ــ صار مضاربة، وإن أداه المالك من مال آخر لم يصر مضاربة، سواء تلف مال المضاربة أم لا.

الثانية: الأولى مع اشتراط أدائه من مال المضاربة، فإذا أداه المالك من مال آخر لم يكن مضاربة، سواء تلف مال المضاربة أم لا، وإن تلف مال المضاربة فإن لم يرفع اليد عن شرطه بطلت المعاملة، لأن المشروط عدم عند

الثالث: أن يقصد ذمة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة، ثم دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك

عدم شرطه، وإن رفع اليد وأداه المالك من مال آخر فمقتضى القاعدة بطلانه مضاربةً، كما أشار إلى ذلك جملة من المعلقين، إذ لا وجه لأن يقوم مال آخر للمالك مقام مال المضاربة الذي فرض تلفه، وإن كان المحكي عن المبسوط، وقال به الجواهر إنه يكون من مال القراض للإطلاق.

إذ فيه ما ذكره المستمسك: من أن الإطلاق من حيث كون الشراء في الذمة أو في العين.

وقال السيد البروجردي: (لا يكون بذلك مال المضاربة مع تلف المال السابق، بل يحتاج إلى عقد جديد مع استجماع شرائطها).

{الثالث: أن يقصد ذمة نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثم دفع} حين الوفاء {منه} أي من مال المضاربة.

{وعلى هذا، الشراء صحيح} لتمامية أركان المعاملة {ويكون غاصباً في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك} فإن المالك أعطاه المال للتجارة، لا لأن يؤدي به قرض نفسه، وإنما كان إذن المالك كافياً لأن الحق لا يعدوهما، فإذا أذن المالك كفى، وعليه فإذا أذن له بدون بدل كان هبة، وبطل عقد القراض كلاً إن كان الإذن في الكل، وبعضاً إن كان الإذن في البعض، فإذا أعطاه مالاً آخر كان قراضاً جديداً، وإذا أذن له ببدل كان البدل الذي يضعه العامل مكان

إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد القرض.

الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء حتى يكون الربح له، فقصد نفسه حيلة منه، وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء

مال القراض متعلق القراض.

{إلا إذا كان مأذوناً في الاستقراض وقصد مال القرض} بأن أخذه قرضاً، وكان ينبغي له استثناء ما إذا قصد الشراء من نفسه للمالك بمال المضاربة، فيكون اشتراءان اشتراء العين بنفسه في ذمته، واشتراء العين للمالك من نفسه، كما نبه عليه المستمسك، وعلى الأول يكون الربح له، وعلى الثاني الربح بينهما، لوضوح أن الأول لا يرتبط بالمضاربة بخلاف الثاني.

{الرابع: كذلك} أي مثل الثالث بأن يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه {مع قصده دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء} وإنما قصد كون الشراء لنفسه {حتى يكون الربح له} لكن حيث لم يكن له مال لدفع الثمن قصد دفعه من مال المضاربة مثلاً، {فقصد نفسه حيلة منه} بأن يربح بسبب مال الناس، كالغاصب الذي يشتري لنفسه ويقصد دفع الثمن من مال الناس.

{وعليه يمكن الحكم بصحة الشراء} مطلقاً، ويمكن القول ببطلانه لما يأتي من المعلقين، لكن اللازم التفصيل بين ما إذا كان بيع البائع للعامل بشرط وفائه من مال نفسه، فالبيع يكون صحيحاً إذا رفع المالك يده عن شرطه وإلا كان باطلاً، وما إذا كان بيع البائع على نحو التقييد فالبيع باطل، لأن المقيد عدم عند عدم قيده، وما إذا كان بيع البائع بدون شرط ولا قيد، فالبيع صحيح

وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك وضامناً له بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح.

ويحتمل القول ببطلان الشراء لأن رضا البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار أن «من استقرض و لم يكن قاصداً للأداء فهو سارق».

وإنما يجبر العامل بدفع مال نفسه ثمناً، فإذا لم يمكن جبره كان حكمه حكم سائر من اشترى شيئاً و لم يرد إعطاء الثمن.

وكيف كان {وإن كان عاصياً في التصرف في مال المضاربة من غير إذن المالك وضامناً له} لأن المالك لم يأذن له في مثل هذا التصرف {بل وضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح} فلا وفاء، ويكون ممن منع البائع ثمنه، لكن لا يبعد سقوط حق البائع إن علم بذلك و لم يهتم به حيث إنه ممن يريد وصول المال بيده ولو كان غاصباً، فهو إسقاط من البائع لحقه.

{ويحتمل القول ببطلان الشراء، لأن رضى البائع مقيد بدفع الثمن، والمفروض أن الدفع بمال الغير غير صحيح} وإذا لم يدفع الثمن، لأن مال الغير لا يصلح ثمناً، بطل البيع، لأن القيد عدم عند عدم قيده.

{فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار أن «من استقرض و لم يكن قاصداً للأداء فهو سارق»}.

ومنه يعلم أن إشكالي المستمسك على المصنف غير وارد، فإنه أشكل أولاً بضعف احتمال البطلان، لأن النقص في الشراء إن كان

ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته إلاّ أنه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه

لأجل نية عدم أداء الثمن فأمر لم يقل به أحد ولا دليل عليه، وإن كان لأجل دفع مال الغير الراجع إلى عدم دفع الثمن شرعاً، فهو أيضاً لم يقل به أحد ولا دليل عليه.

وفيه: إنه لم يدفع الثمن، فإن مال الغير لا يكون ثمناً، فإذا فرض أن البيع وقع مقيداً بدفع الثمن لم يكن وجه للصحة، وهذا هو مفروض كلام الماتن.

وثانياً: بأن ما في المقام ليس من باب عدم نية الدفع، بل من باب نية دفع ما ليس ملكاً له شرعاً.

وفيه: إن المصنف أراد التنظير لفهم المناط، ولذا قال: (بمنزلة) فإن كلاً من القرض بدون إرادة الأداء، والاشتراء بدون إرادة الأداء نوع من السرقة عرفاً، وقد قرره الشارع في القرض فالمقام مثله، ولذا يقال لكليهما: لماذا لم ترد مال الناس.

وقد قرر غالب المعلقين كلام المصنف، حيث سكتوا عليه.

{ويحتمل صحة الشراء وكون قصده لنفسه لغواً} فيكون من المضاربة والربح لهما {بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربة}، وجه الصحة ما ذكره بقوله: {فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً في ذمته إلاّ أنه} حيث قصد دفع الثمن من مال المضاربة {ينصب على هذا} المال {الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه}، لكن هذا الاحتمال ضعيف جداً، فإن العقود تتبع القصود، والقصد المعاملي الكلي، فلا وجه لانصباب المعاملة على الخارج، فهو مثل عقد المعاملة

والأوفق بالقواعد الوجه الأول، وبالاحتياط الثاني، وأضعف الوجوه الثالث وإن لم يستبعده الآقا البهبهاني.
الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له

على العين الخارجية مع قصده إعطاء غيره للطرف، فإن ذلك القصد الخارج عن القصد المعاملي لا يجعل المعاملة في الذمة، ولذا أشكل عليه المستمسك، وعدم تعامل العرف مع هذا الإنسان حيث يريد الإعطاء من ما ليس ماله لا يوجب تقيد البيع بمال الناس، وإنما العرف لا يتعامل فراراً عن المحذور.

{والأوفق بالقواعد الوجه الأول} وقد تقدم الأوفق بالقواعد وأنه التفصيل الذي ذكرناه.

{وبالاحتياط الثاني} فالأحوط أن يرفع الأطراف الثلاثة اليد عن المعاملة.

{وأضعف الوجوه الثالث} لما عرفت من أنه خلاف القواعد {وإن لم يستبعده الآقا} الوحيد {البهبهاني} (رحمه الله) وقد حاول بعض المعلقين توجيهه بما لا يخلو عن إشكال، فراجع.

{الخامس: أن يقصد الشراء في ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له} لأن كون ذمته نيابية عن المالك خلاف القاعدة لا يكون إلاّ بالقصد، فإذا لم يكن قصد كانت الذمة لنفسه، فيدخل المبيع في كيسه بعد أن يكون البدل لنفسه.

وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً، ولو اختلف البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه أو لغيره وهو المالك المضارب، يقدم قول البائع، لظاهر الحال

{وإذا دفعه من مال المضاربة يكون عاصياً} حيث إنه دفع مال الغير بدون إذنه، وبذلك يكون ضامناً أيضاً.

{ولو اختلف} المالك والعامل في أنه اشترى لنفسه أو للمالك، كان المقدم قول العامل، لأنه أخبر بنيته، وإن كانت هناك قرائن على كلام المالك، كما إذا كان في دكان المالك ووكيله العام في تجاراته وقد تاجر للمالك بمثل تلك التجارة مرات وكان ربح المعاملة كثيراً، بحيث يحتمل احتمالاً قريباً أن الربح أغراه فادعى أنه اشترى لنفسه، إذ كل تلك لا توجب العلم ولا تكون حجة وليس للمالك عليه إلا حق الحلف.

ولو اختلف المالك والبائع، فقال البائع: اشتراه العامل لك، وقال المالك: بل اشتراه لنفسه، ولم يكن العامل موجوداً، كان الأصل مع المالك لأنه ادعاء عليه والأصل عدمه، إلاّ إذا أقام المدعي الدليل، ولو انعكس بأن قال البائع: اشتراه العامل لنفسه، وقال المالك: بل اشتراه لي، كان على المالك إقامة الحجة، لأنه المدعي الذي إذا تَرك تُرك.

ولو اختلف {البائع والعامل في أن الشراء كان لنفسه} فاللازم أن يدفع العامل البدل {أو لغيره وهو المالك المضارب} فالعامل بريء، بل اللازم إعطاء المالك البدل، {يقدم قول البائع لظاهر الحال} إذ ظاهر كل إنسان أن يكون عامل لنفسه، وإلاّ لملك كل متعامل أن يقول: اشتريت لغيري ولو فضولة، مما يوجب بطلان البيع إذا لم يقبل ذاك الإنسان بالمعاملة، قيل يدل

على حجية هذا الظاهر أصالة الصحة، لأنه لو اشترى لغيره بطل.

لكن الأولى الاستدلال له بأنه المتعارف الذي لم يظهر من الشارع خلافه، وبالتعليل في قوله (عليه السلام): «لما قام للمسلمين سوق»[1]، ولذا قال الشرائع: (ولو اشتري في الذمة لا معه و لم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً) انتهى.

وعلى هذا يقدم قول البائع، سواء كان هناك ظهور حال أم لا.

{فيلزم بالثمن من ماله، وليس له إرجاع البائع إلى المالك المضارب}.

ويعلم مما تقدم حال ما لو اختلف المالكان الشريكان في المضاربة، فقال أحدهما: إنه اشتراه العامل لهما، وقال الآخر: بل اشتراه لنفسه.

وما لو اختلف العاملان، حيث أجريا صفقة واحدة، فقال أحدهما: إن المعاملة كانت لأنفسهما، وقال الآخر: إنها كانت للمضاربة.

وما لو اختلف البايعان في صفقة، فقال أحدهما: باعها للعامل، وقال الآخر: للمضاربة.

أما خصوصيات النزاع فالكلام فيها في كتاب القضاء.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ ح٢ الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

(مسألة ١٣): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان والزمان، من العمل وتولي ما يتولاه التاجر لنفسه، من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف

(مسألة ١٣): {يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربة} أن يعمل حسب {ما يعتاد بالنسبة إليه وإلى تلك التجارة} وإلى المالك، وإنما يجب ذلك لأنه المنصرف من المضاربة، فإن لكل من الملاك والعمال والتجارات شؤوناً خاصة، فإذا كان المالك رجلاً فقيهاً مثلاً لم يناسب له أن يتعامل عامله في الأشياء المكروهة الخسيسة، فإنه يسبب ذهاب ماء وجهه وانحطاط سمعته، فتعامله المضاربي لا يشمل مثل ذلك، وهكذا بالنسبة إلى العامل، وبالنسبة إلى التجارة.

{في مثل ذلك المكان والزمان، من العمل وتولي ما يتولاه التاجر لنفسه} فإذا كانت التجارة لنفسه كيف كان يعمل، لزم عليه أن يعمل كذلك فيما كانت التجارة للمالك بمال المضاربة، لكن ذلك إذا كان عمل الإنسان لنفسه ولغيره على حد سواء كما هو الغالب، لا ما إذا كان بينهما فرق، إذ اللازم عليه حينئذ أن يعمل كعامل لا كتاجر، لأنه المنصرف {من عرض القماش والنشر والطي وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق} والذهاب به إلى البنك في ما كان يتعارف ذلك خوفاً من السرقة، فإذا لم يفعل ذلك وسرق كان ضامناً.

{ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف} بالنسبة إلى مختلف المعاملات، إذ

ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك ويعطي الأجرة من الوسط، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله، ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجرة إن لم يقصد التبرع

ليس كل مضاربة مرتبطة بالأقمشة، بل قد تكون نجارة أو حدادة أو عطارة أو بقالة أو غيرها.

ثم اللازم أن يكون اللائق والمتعارف بحيث يكون العقد منصرفاً عن غيره، وإلا فليس كل لائق ومتعارف لازم العمل به.

{ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال} والمساح والعداد {وغير ذلك} مثل الصانع والمحاسب والمدير والخبير، بل ومثل المحامي في الأزمنة الحاضرة، حيث لابد للتجار من ذلك لنجدهم في حال الشكاية عليهم.

{ويعطي} لكل أولئك {الأجرة من الوسط} أي بالنسبة، فعليه الثلث وعلى المالك الثلثان إذا كانت نسبة الأرباح كذلك، أي إن هذا هو النتيجة، حيث لا فرق بين أن يؤخذ ما ذكر أولاً ثم يقسم الربح، أو بالنسبة بعد التقسيم.

{ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجرة من ماله} لعدم شمول العقد له، ولو اختلفا في أنه يتعارف العمل بنفسه أم لا، فالمرجع قوانين الدعوى.

{ولو تولى} العامل {بنفسه ما يعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الأجرة إن لم يقصد التبرع} فإنه إذا قصد التبرع فقد أهدر عمله بتبرعه، فلا حق له في أخذ

الأجرة، كما أنه لو أعطى الحمال ونحوه من كيسه بدون قصد الرجوع لم يكن له حق الرجوع.

{وربما يقال بعدم الجواز} كما عن المبسوط، وفي الشرائع وفي المسالك نسبته إلى إطلاق المصنف والجماعة، وكأن وجهه إنصراف الإطلاق من مثله، ولذا إذا سافر جماعة قسطوا المصارف بينهم فأخذ أحدهم حمالا لنقل الأثاث ونحوه أعطوه من الوسط، أما إذا حمله بنفسه لم يكن له شيء وإن لم يقصد التبرع، إذ قصده وعدم قصده لا يؤثر في ضمانهم.

{وفيه: إنه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم}[1] كما علله به في الجواهر، وكأنه أراد بضميمة طلب المضارب ذلك، إذ بدون الطلب لا وجه لاستحقاقه على المالك، بل الأصل براءته إذا لم يوجب عمل العامل زيادة في الشيء.

فهنا ثلاثة أمور:

الأول: أن يعمل العامل بدون طلب ولا زيادة في الشيء، وفيه لا يستحق العامل شيئاً، لأنه قد أهدر عمله بنفسه، وإن كان عمله يوجب رفع كلفة عن المالك، كما إذا حمل الحمال بضاعة المالك ونقلها إلى داره، فإن ذلك لا يوجب أجرة على المالك، وإن كان لو لا عمل الحمال لكان المالك دفع أجرة للحمال على هذا النقل لأنه مقصد المالك، إلاّ أن كون الشيء مقصداً للمالك لا يوجب أجرة عليه إذا لم يطلب المالك ذلك.

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣ الباب ١ من القصاص في النفس ح٣، والمستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

الثاني: أن يطلب المالك بدون تصريح منه أو ما أشبه التصريح بأنه يريد العمل مجاناً، فإن في المقام يجب أن يعطي الأجرة، لاحترام عمل غير الكافر الحربي الذي يستوفاه المالك.

وقولهم: (المسلم) من باب المثال، كما أن قولهم: (حمل فعل المسلم على الصحة) ذكرهم المسلم من باب المثال، وإلا فيحمل عمل الكافر أيضاً على الصحة في غير ما خرج بالدليل، فإذا رأينا كافراً يعاشر امرأة أو يبيع شيئاً أو ما أشبه ذلك حملنا فعله على أنه زوجته وأنه ماله.

ولا فرق في لزوم الأجرة عليه بين أن تزيد البضاعة قيمة أو تنقص، أو لا تزيد ولا تنقص، كما إذا كان نقل البضاعة إلى المحل الفلاني يوجب أحد الثلاثة، وفي باب المضاربة حيث إن المالك يتعامل مع العامل حسب الموازين يكون العامل إذا فعل الفعل اللازم بنفسه مستحقاً للأجرة إذا لم يقصد التبرع بعمله.

الثالث: أن بفعل العامل شيئاً يوجب الزيادة وإن لم يأمره المالك، فإنه بقدر الزيادة يكون شريكاً، كما إذا صبغ الثوب بما رفع قيمته عشرة، فإن العشرة تكون للعامل إذا كانت العشرة قيمة الزيادة، أما إذا ارتفع كلاهما بعمل العامل، فالظاهر ملاحظة النسبة، مثلاً كان المفتاح بدون القفل خمسة، والقفل بدون المفتاح عشرة، وكلاهما معاً ثلاثين، فإذا صنع العامل مفتاحاً للقفل وبيعا بالثلاثين،كان لصاحب القفل عشرون، ولصاحب المفتاح عشرة.

لا يقال: يلزم أن يكون الزائد أي كل العشرين لصاحب المفتاح، لأنه لو لا مفتاحه لم يكن لصاحب القفل إلاّ عشرة.

لأنه يقال: ولولا قفل صاحب القفل لم يكن لصاحب المفتاح إلاّ خمسة،

فالانضمام المرتبط بكليهما سبب رفع قيمة كل منهما إلى الضعف.

نعم قد يستشكل استحقاق العامل شيئاً وإن زادت القيمة فيما إذا كانت القيمة سوقية، كما إذا نقل الحمال متاع إنسان إلى محل أوجب زيادة قيمته، لأن السوق هناك أغلى، حيث فيه احتمالان:

استحقاق الحمال، لأنه زاد القيمة فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1].

وعدم استحقاقه، للأصل بعد أن كونه حقاً ــ وهو الموضوع ــ محل إشكال، فحاله حال ما إذا كان القارئ يقرأ القرآن جهراً فتعلم منه العبد حيث زات قيمته، فإن القاري لا يشترك في قيمة العبد، إذ لا يسمى ذلك حقاً عرفاً، وكذلك إذا أضاء الجار مصباحه مما أوجب زيادة أجرة غرفة جاره، فإن صاحب المصباح لا يستحق شيئاً على الجار، للأصل بعد عدم ذلك حقاً.

ومما تقدم يظهر أن عمل العامل إن كان مشمولاً للعقد، أو كان سبباً للزيادة من القسم المذكور في الثاني استحق الأجرة، وإلا كان الأصل عدم استحقاقه وإن كان من المذكور في القسم الثالث، وحيث إن الغالب في الملاك إرادة العمل من غير فرق في نظرهم بين أن يقوم به المالك أو يستأجر إنساناً آخر، كان اللازم أن العامل إذا عمل عمل الحمال كان له الأجرة.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (وفي المقام ربما لا يكون إلاّ إذن في الاتجار ولو ألزمه على نحو العموم، ومنها استيجار من جرت العادة باستيجاره لحمل الأثقال، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر، إذ من المحتمل أن يكون المراد

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

المفروض عدم وجوبه عليه.

أن لا يتحمل العامل خسارة الأجرة، فلا يشمل الفرض) انتهى.

غير ظاهر الوجه بعد كون الارتكاز الموجب لشمول العقد لعمل العامل أيضاً يقتضي الإطلاق.

{المفروض عدم وجوبه عليه} وقد يرد عليه حتى أن العمل إذا كان واجباً مما يكون نفعه للغير، ولو بدون طلب من ذلك الغير، يكون أجر العامل على ذلك الغير، فإن الطبيب إذا عالج المشرف على الموت ولو بدون إذنه، بل ونهيه أيضاً، كان له عليه أجرته، مع أن العلاج واجب لأنه يشمل «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1].

وكذا إذا صرف المال في إطفاء حريق داره، مما يعلم عدم جواز إبقائها تحترق، لأنه إسراف منهي عنه، وقد قال سبحانه: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ﴾[2]، مما يفهم منه وجوب الرعاية للأموال وإن أراد صاحب المال إتلافه.

وكذا إذا ألقى إنسان نفسه في البحر بقصد أن يغرق، فإن الواجب على من يقدر إنقاذه، وإذا صرف المال في ذلك كان له حق استيفائه، لقاعدة «لا يتوى»، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يظهر وجه النظر في كلام المصنف، كما يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، حيث خصص ذلك بالطلب، قال: (فإن المريض إذا طلب من الطبيب

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

المعالجة ضمن الأجرة، وإن كانت المعالجة واجبة عليه)، كما يظهر وجه النظر في كلامه المتفرع على ذلك بقوله: (والاستيفاء لعمل العامل في باب المضاربة في مقابل الحصة من الربح لا غير، فإثبات شيء آخر يحتاج إلى دليل) انتهى.

إذ الشيء الآخر في قبال عمل آخر وهو لا يرتبط بالعامل، كما عرفت وجهه.

(مسألة ١٤): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه فنفقته في السفر من رأس المال إلاّ إذا اشترط المالك كونها على نفسه

(مسألة ١٤): {قد مر أنه} يلزم على العامل أن يعمل في التجارة حسب المتعارف المنصرف إليه إطلاق المعاملة من السفر وعدمه، فاحتمال أنه {لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك} خاص بما إذا لم يكن إطلاق {ومعه فنفقته في السفر من رأس المال}.

وهذا هو المشهور بينهم، كما صرح بذلك التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان، بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقة وأخبارهم، ووجه ذلك أنه مشمول لإطلاق المعاملة، حيث إن السفر من شؤونها.

والظاهر أنه لا فرق بين السفر اللازم واقعاً أو ظاهراً، للإطلاق المذكور، فلو كان تربح التجارة في كل عام في الحج ربحاً حسناً وسافر في هذه السنة بذلك القصد، لكن اتفق منع الحجاج بما لم يربح لم يضر ذلك بأن نفقة سفره على رأس المال لما تقدم من الإطلاق، ولما دل على أن الضرر ليس على العامل مع أن الغالب كون الضرر ناشئاً عن جهل، بحيث لو كان علم بالواقع لم يجز له الاتجار الضار وكان الضرر حينئذ على العامل مع العلم والعمل.

{إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه} أي نفس العامل لا المالك، أو اشترط العامل كونها على نفس المالك، حيث إن كلا الشرطين ليس مخالفاً

وعن بعضهم كونها على نفسه، والظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، وربما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر والأقوى

لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنة، فيشمله دليل: «المؤمنون عند شروطهم»[1] كما لا يخفى.

{وعن بعضهم} وهو المبسوط {كونها على نفسه} أي نفس العامل مطلقاً، واستدل له بأن العامل دخل على أن له سهماً معلولاً من الربح فلا يستحق سواه، وقد لا يربح من المال أكثر من النفقة.

{والظاهر} من كلام المبسوط أنه على العامل {أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل} إذ لا وجه لكونه على العامل مع هذا الشرط، خصوصاً والإطلاقات تصب على الطبيعة من حيث هي بدون النظر إلى العناوين الثانوية.

{وربما يقال} والقائل الشيخ في محكي المبسوط على تقدير القول بالإنفاق: {له تفاوت ما بين الحضر والسفر} أما قدر نفقة الحضر فهو على العامل.

{والأقوى} صحة كل الأقسام الستة: من كونها من الربح، ومن الأصل، وعلى المالك، وعلى العامل، وتوزيعها بينهما بنسبة كالثلث والثلثين، أو بالتفاوت كأن يقول المالك: مائة عليّ والباقي عليك مثلاً، والفرق من الربح أو من الأصل أن في الأول يخرج من كيسهما، أما في الثاني فإنه يخرج من كيس المالك فقط، فإذا فرض أن ربح العشرة خمسة، وربح التسعة أربعة، كما قد

---

(١) المستدرك: ج١ و٣ ص٤٣٧ الباب ٤ كتاب التجارة باب الخيارات.

جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقة، ففي صحيح علي بن جعفر، عن أخيه أبي الحسن (عليهم السلام): «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه

يتفق زيادة الربح في حال الاجتماع بين الواحد والتسعة، فإذا شرط كون النفقة من الربح، والحال أن رأس المال عشرة، بقيت أربعة تقسم بينهما لكل اثنان، إذا كان لكل نصف الربح مثلاً، وإذا شرط كون النفقة من الأصل بقيت ثلاثة، لأن المال يأخذ عشرة ثم يقسم الربح بينهما فيكون نصيب العامل واحداً ونصفاً.

وكيف كان فاللازم القول بـــ {جواز أخذها من أصل المال بتمامها} إما بالشرط أو بالانصراف {من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك} من المركب وغيره {مما يصدق عليه النفقة} وحتى الزواج إذا اعتاد ذلك بأن شمله الإطلاق أو شرط نصاً، حيث يتعارف الزواج في الأسفار الطويلة متعةً أو دواماً، وكذا استصحاب الزوجة إلى غير ذلك.

{ففي صحيح علي بن جعفر، عن أخيه أبي الحسن (عليهم السلام): «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق»} أي في البلد {«فمن نصيبه»}[1] والمراد بالبلد ما كان بعد انتهاء السفر عرفاً، إذ ربما تقف السيارة

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٧ الباب ٦ من أبواب المضاربة ح١.

وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً إلاّ إذا اشترط على المالك ذلك.

في آخر المدينة، مما يضطر إلى اكتراء سيارة أخرى لإيصاله إلى داره أو متجره، وكذلك بالنسبة إلى حال خروجه، فإن المؤخرة والمقدمة كلتيهما من شؤون السفر كما لا يخفى.

ولو شك في شيء أنه من توابع السفر أم لا، كان الأصل عدم أخذه من باب السفر، ونحو هذه الرواية غيرها، مثل رواية السكوني ومرسل الفقيه.

{وأما في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً} بلا إشكال ولا خلاف، بل ادعى عليه الإجماع جماعة.

{إلا إذا اشترط على المالك ذلك} فإنه يجوز له لقاعدة الشرط.

وينبغي استثناء ما إذا كان متعارفاً بحيث يشمله إطلاق المعاملة كما في المدن الكبار، حيث الانتقال من المترل إلى المتجر ونحوه يحتاج إلى إجارة السيارة أو ما أشبه.

ولو اختلفا في التعارف وعدمه فالمرجع العرف، ولو اختلف العرف فهل يتساقطان ويكون الأصل عدم تحمل المالك، لا من الأصل ولا من الربح، أو مقتضى القاعدة التصنيف، لقاعدة العدل والإنصاف، احتمالان.

(مسألة ١٥): المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجرة المسكن ونحو ذلك، وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه إلاّ إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

(مسألة ١٥): {المراد بالنفقة} التي تؤخذ من الأصل أو الربح ما تقدم في المسألة المتقدمة {ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره} كالأواني والقرب ونحوها، فإذا كان كثير السفر لم يمنع أن يحتفظ بها في الحضر أيضاً، فلا حاجة إلى أن يبيع دابته وآلاته إذا وصل إلى البلد، بل احتفظ بها للسفر الآتي وهكذا، أما إذا انتهى سفره كان اللازم بيعها لانتهاء الاحتياج السفري.

{وأجرة المسكن ونحو ذلك} مثل نفقات الجواز في الأزمنة الحاضرة، لأن كل ذلك يعد نفقة تشملها المعاملة.

{وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه} لأنها ليست من نفقة السفر المحتاج إليها في سفر التجارة، فلا يشمله إطلاق المعاملة.

{إلا إذا كانت التجارة موقوفة عليها} حيث إن البضاعة لا يتمكن من اشترائها أو بيعها إلاّ بالمصانعة والضيافة والهدية ونحوها، ولو كان الأمر لأجل تعريف نفسه للتجار حتى يعرفوه، ومن ذلك الإعلان في وسائل الإعلام في الحال الحاضر إذا ورد مدينة أو ما أشبه.

ومنه يعلم أن ذلك ليس خاصاً بالسفر، بل حال الحضر كذلك، أما إذا كان الربح متوقفاً على السفر المتوقف على المصانعة، مثل أنه إذا ورد البلد الفلاني كان

مضطراً للضيافة لكثرة معارفة مما يكون عدم ضيافته موجباً لخروجه عن الموازين الشرعية والعرفية، فهل ذلك من النفقة السفرية أم لا، احتمالان، وإن كان الأقرب الأول.

ولا فرق في المصانعة المحللة ذاتاً كالضيافة للتجار، أو المحرمة كذلك كالرشوة للظالم، حيث إنها محرمة وإن جازت للمعطي اضطراراً، وكذلك المكوس الملازم لاستيراد أو إصدار البضاعة.

وكيف كان، فلا فرق بين نفقته بنفسه، أو نفقته لأجل التجارة، والمراد بالتوقف العرفي، لا الدقي العقلي، لأن المناط ما يشمله إطلاق المعاملة وهوالأول لا الثاني، فقوله: (الموقوفة) يراد بها التوقف عرفاً.

(مسألة ١٦): اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه، نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له.

(**مسألة ١٦**): {اللازم} على العامل في نفقات السفر {الاقتصار على القدر اللائق} المتوسط عرفاً، لأنه المشمول للإطلاق.

{فلو أسرف حسب عليه} كما صرح به غير واحد، إذ الزائد عن القدر اللائق لا يشمله الإطلاق، والإسراف يراد به الخروج عن اللائق وإن لم يكن إسرافاً شرعاً، مثلاً إذا كان المتعارف لمثله أن يأكل اللحم كل أسبوع ثلاث مرات، فاكله أربع مرات لم يعد سرفاً، وإن عدّ خروجاً عن اللائق.

ومنه يعلم لزوم مراعاة اللائق بالنسبة إلى مصارف الحضر التي هي من شؤون التجارة أيضاً، فإن إعطاء الحمال أزيد إحساناً ليس سرفاً، لكنه خلاف المتوسط المشمول لإطلاق العقد فيكون ضامناً.

ثم لو فرض أن مصارف السفر يعادل مصارف الحضر أو كان أقل، كما إذا كان في الحضر غلاء دون السفر، لم يكن بأس بالسفر، ولا يأتي الكلام المتقدم في المسألة الرابعة عشرة، وإنما ذكروا السفر فيما يتعارف من أكثرية مصارف السفر غالباً.

{والحاصل: إن الميزان هناك وهنا التوسط، فالخارج عن التوسط ليس من الوسط، بل من كيس العامل بنفسه.

{نعم لوقتر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخص لا يحسب له} المقدار الزائد عن التقتير، كما صرح به الجواهر والمستمسك وغيرهما، لأن المشمول للإطلاق النفقة لا مقدار النفقة، كما ذكروا مثل ذلك في كتاب الخمس، وأنه واجب على الأرباح بعد إخراج النفقة.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو أكثر من المتعارف مرة وقتر مرة كان من الوسط، كما لو اكل اللحم في أسبوع أربع مرات، وفي أسبوع مرتين، فإن العرف يلاحظ المجموع، فلا يقال إنه لا حق له في أكثر من خمس مرات، حيث إن المرة الرابعة في الأسبوع الأول تحسب على نفسه.

ومثله ما لو قتر على نفسه قدر نصف الأكل فأعطاه لضيفه، أوكان شأنه ركوب سيارة متوسطة فركب هو وضيفه سيارة أقل مما أجرهما تساوي أجرة نفسه في المتوسطة، والوجه أن الأمر عرفي، والعرف يري شمول الإطلاق لمثل هذه الموارد.

(مسألة ١٧): المراد من السفر العرفي لا الشرعي، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة، كما أنه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنه في السفر عرفاً، نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو

(مسألة ١٧): {المراد من السفر} الوارد في النص والفتوى {العرفي} لأنه المنصرف عنه في مثل المقام، كانصرافه إليه في مثل «فسافر ففي الأسفار خمس فوائد» ونحوه {لا الشرعي} لأنه اصطلاح خاص لا يصار إليه إلا في مورده، فليس للسفر حقيقة شرعية ولا متشرعية، وإنما دل الدليل عليه في القصر والإفطار.

وكذلك الحال في كل مورد قيد الشارع موضوعاً عرفياً بقيد خاص، فإنه لا يعتدى منه إلى غير مورده، وقد نص على ما ذكرناه الشهيدان والأردبيلي والسبزواري وصاحب الجواهر وغيرهم (قدس الله أسرارهم).

{فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة} كما يشمل العاصي بسفره وغير القاصد وما أشبه ذلك، مما ليس له حكم السفر في القصر والإفطار، كما أنه إذا فرض حكم الشارع بالسفر شرعاً، لكن لم يصدق عليه السفر عرفاً كان المقام أيضاً تابعاً للعرف {كما} عرفت.

ومنه يعلم {أنه إذا أقام في بلد عشرة أيام أو أزيد، كان نفقته من رأس المال لأنه في السفر عرفاً}، وإن كان عليه التمام والصيام.

{نعم إذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر، مثل التفرج أو لتحصيل مال له أو

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة فنفقته في تلك المدة على نفسه، وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لو لا الآخر، فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجارة} كزيارة الأقرباء والأصدقاء {فنفقته في تلك المدة على نفسه} كما صرح به العلامة والشهيد الثاني وغيرهما.

نعم إذا مرض بسبب السفر فبقي للعلاج كانت النفقة من الوسط، لأنه من شؤون السفر، أما إذا لم يكن المرض من شؤون السفر، كما إذا كانت فيه مرة تهيج كل شهر في أوله فصادف ذلك حال كونه في السفر، لم يعد من شؤون السفر الذي على الوسط.

ومما تقدم يعلم أنه لا فرق في البقاء لغرض آخر بين الأول والوسط والأخير، مثلاً سفره التجاري بحاجة إلى أربعة أيام، فإذا بقي خمسة أيام كان اليوم الزائد على نفسه، سواء تفرج في أول السفر، أو وسطه أو أخيره، بأن لم يشتغل بالتجارة لأجل التفرج.

{وإن كان مقامه لما يتعلق بالتجارة ولأمر آخر بحيث يكون كل منهما علة مستقلة لولا الآخر} بأن تكاسرا فصارا علة واحدة، لاستحاله توارد علتين مستقلتين على معلول واحد، كما حقق في محله.

{فإن كان الأمر الآخر عارضاً في البين} كما إذا سافر لأجل التجارة أسبوعاً فرأى من طيب الهواء هناك أنه لولا التجارة بقي الأسبوع أيضاً {فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة} لدخوله في إطلاق الدليل، كما في المستمسك،

وإن كانا في عرض واحد ففيه وجوه، ثالثها: التوزيع وهو الأحوط في الجملة

فإن الدليل المتقدم في المسألة الرابعة عشرة، بالإضافة إلى إطلاق المضاربة يشمله.

فلا يقال: كيف أثر إحدى العلتين فقط، مع أنه خلاف العقل.

إذ يقال: إن البقاء لهما، أما النفقة فليست معلولة للبقاء، وإنما للشرع والعرف، وكلاهما على أنها من وسط المال، ولم يذكر المصنف عكس ذلك، أي ما لو سافر لأجل التنزه مثلاً، وإنما كانت التجارة عارضة، لأن مصب كلامه كان في سفر التجارة، ومقتضى القاعدة عدم جواز أخذ النفقة من الوسط على تأمل في ذلك.

{وإن كانا في عرض واحد} بأن كان لكل واحدة قوة العلة التامة للسفر، بحيث لولا الآخر سافر أيضاً {ففيه وجوه}.

الأول: إنها من مال التجارة للصدق.

والثاني: إنها من كيسه، لانصراف الأدلة إلى ما كان السفر لمحض التجارة.

و{ثالثها: التوزيع} فنصف النفقة على التجارة، والنصف الآخر من كيسه، لأنه مقتضى انكسار العلتين، وتقتضيه قاعدة العدل، كما إذا سافر لتجارتين لنفرين، حيث توزع النفقة بينهما، وإن كان كل تجارة مستقلة، بحيث لو لم تكن الآخر كان سافر أيضاً.

{وهو الأحوط في الجملة} أي من كون كل النفقة على المالك، وجعله

وأحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع.

المسالك الأضعف، لأن الأدلة إن عمت اقتضت الأول، وإلا اقتضت الثاني، غير ظاهر الوجه، فإن المقام حال السفر لأجل المضاربة من نفرين.

ومنه يظهر وجه قوله: {وأحوط منه كون التمام على نفسه} لأنه لا شبهة فيه.

{وإن كانت العلة مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعي فالظاهر التوزيع}، كما في الجواهر، لما تقدم من أنه المفهوم من العرف عند الإطلاق، ومن الروايات السابقة، بالإضافة إلى ما عرفت من قاعدة العدل.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في جملة من كلمات الأعلام في المقام.

(مسألة ١٨): استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه، فلو سافر من غير إذن، أو في غير الجهة المأذون فيه، أو مع التعدي عما أذن فيه، ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

(**مسألة ١٨**): {استحقاق النفقة مختص بالسفر المأذون فيه} من قبل المالك إما بإذن خاص، أو بالإطلاق الشامل للسفر والحضر، كما هو الغالب.

{فلو سافر من غير إذن} فليست نفقة السفر من المالك أو الوسط، كما صرح به المسالك والجواهر وغيرهما، وذلك لأن الإذن والنص والإطلاق لا يشمل ذلك.

ومنه يعلم وجه قوله: {أو في غير الجهة المأذون فيه، أو مع التعدي عما أذن فيه} وإن كان السفر في نفس تلك الجهة، كما إذا أذن له بالسفر بالسيارة فسافر بالطائرة، أو قال: سافر في شهر شوال، فسافر في رمضان، إلى غير ذلك، والجامع عدم الإذن في السفر لفظاً أو إطلاقاً.

فــ {ليس له أن يأخذ من مال التجارة}، ولا فرق بين أن يزعم الشمول فظهر عدم شموله، وبين أن يعلم عدم الشمول فيخالف، كما لا فرق بين أن يربح أكثر مع المخالفة أم لا، وذلك لعدم شمول الدليل.

ومما تقدم يعلم أنه لو زعم عدم الشمول فظهر الشمول، جاز له الأخذ إن لم ينو التبرع، كما إذا كان يزعم أن له الأخذ وإن لم يشمل الإطلاق مثلاً.

(مسألة ١٩): {لو تعدد أرباب المال كأن يكون عاملاً لاثنين أو أزيد، أو عاملاً لنفسه وغيره} بأن جعل كل منهما مالاً بعنوان رأس المال، فيكون ربح مال نفسه لنفسه، وربح مال المالك لهما بالنسبة، {توزع النفقة} للسفر بينهما، كما ذكره غير واحد.

وقال في المسالك: (وجه التسقيط ظاهر، لأن السفر لأجلهما فنفقته عليهما)، وكلامه ظاهر في ما إذا كان المال لنفرين أو أكثر على نحو القراض، وحيث يكون في المقارضة الواحدة النفقة على ذلك الواحدة يكون على الجميع في القراضات المتعددة، وكذا إذا كان قراض وغيره/ كما إذا سافر لأجل التجارة لزيد قراضاً، ولعمرو قربة إلى الله تعالى، فإطلاق أن نفقة المضارب على مال المضاربة أنها على سبيل التوزيع، فلكل حصته.

أما إذا كان المال لنفسه وغيره، فلأن العرف يفهم من الإطلاق ذلك، لأن التعامل بشيء مستلزم لكون لوازمه أيضاً مرتبط بذلك التعامل، فيشمله الإطلاق بالنسبة.

وبذلك يظهر أن كلا احتمالي عدم كون شيء على المالك، لإنصراف السفر إلى ما كان للمضاربة بحتاً، وفي المقام المضاربة جزء، وكون الكل على المالك لصدق كون العامل مضارباً فتكون نفقته على مال المضاربة فلا وجه للتوزيع، كما مال إليه المستمسك، غير ظاهر الوجه.

ولذا قال الجواهر: (إن السفر لما لم يكن للقراض خاصة اتجه التوزيع المزبور).

لكن لا يخفى أن ما ذكرناه من التوزيع في غير الصورة التي تقدمت في المسألة السابعة عشر من قوله: (فان كان الأمر عارضاً...) إلخ.

وهل هو على نسبة المالين أو على نسبة العملين، قولان.

{وهل هو} أي التوزيع {على نسبة المالين} فإذا كان لأحدهما عشرة وللآخر عشرون وزعت النفقة أثلاثاً، {أو على نسبة العملين} فإذا عمل لهذا يوماً ولذاك يوماً وزعت نصفين، وإن كانت نسبة المالين بالثلث والثلثين.

وهناك احتمال ثالث هو نسبة الربحين، فإذا ربح أحدهما عشرة والآخرعشرين وزعت ثلاثاً بدون ملاحظة المال والعمل.

احتمالات، وإن كان لهم {قولان} بدون ذكرهم الاحتمال الثالث.

المبسوط ذهب إلى الأول، وتبعه جامع المقاصد والمسالك وغيرهما، قالوا: لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال، ولا ينظر إلى العمل، فحيث إن النفقة لأجل مال إنماء المضاربة كان اللازم توزيعها حسب المال.

وبعض المعلقين ذهب إلى الثاني، ووجهه أن النفقة إنما يأخذها العامل لعمله، فاللازم التوزيع حسب العمل.

أما الاحتمال الثالث فلأنه الذي يراه العرف، فإذا ربح أحدهما ديناراً، والآخر عشرين ديناراً، فليس من مقتضى العرف أن يؤخذ من كل نصف دينار، وإن كان العمل لهما متساوياً وكان المال متساوياً.

لا يقال: في علم الاقتصاد يقولون العمل ميزان الاستحقاق.

لأنه يقال: هذا قول بعضهم، وهو غير تام، بل هناك خمسة أشياء في مقابل المال، كما ذكرناه في كتاب (الفقه: الاقتصاد) بل هنا أيضاً في قبال المال، مثلاً نجاران قطعا من الغابة شجرين أحدهما أغلى من الآخر خشباً، فإن قاطع الأغلى يأخذ أكثر وإن كان عملهما متساوياً.

وكيف كان، فكون النفقة على نسبة العملين أقرب إلى الموازين الاقتصادية، وعلى نسبة الربحين أقرب إلى الموازين الإنصافية، وكونها على نسبة المالين فيه نوع من الضعف، لكن جمعاً من المعاصرين منهم ابن العم جعلوا الاحتياط برعاية أقل الأمرين من القولين الذين ذكرهما المصنف.

(مسألة ٢٠): لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح، بل ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، ويعطى المالك رأس ماله ثم

(مسألة ٢٠): {لا يشترط في استحاق النفقة ظهور ربح، بل} ولا عدم خسارة، ولو صرف من العين، فـــ {ينفق من أصل المال وإن لم يحصل ربح أصلاً} أو حصلت الخسارة، ويحق للعامل أن يصرف من مال نفسه أو غيره ثم يأخذ ما صرف من المال، وذلك لإطلاق النص والفتوى، وأنه مقتضى الجعل.

وعليه فإذا قال: النفقة من الربح، توقفت على الربح، وإن قال: من الأصل، لم يتوقف على الربح.

ثم إن الشرط قد يكون من الأصل قبل ربح، وقد يكون بعده، وقد يكون من الربح، وقد يكون من كليهما بالتنصيف أو بالنسبة، فإذا كان الأصل عشرة والربح خمسة والنفقة ثلاثة، كانت من كل من الأصل والربح واحد ونصف على الأول، ومن الأصل اثنان، ومن الربح واحد على النسبة، والفرق بين كون النفقة من الأصل قبل الربح وبعده واضح، ففي مثال عشرة وخمسة إذا أخذ ثلاثة النفقة قبل الاسترباح كان الربح ثلاثة ونصف، نصف السبعة الباقية من الأصل، فالمجموع أصلاً وربحاً عشرة ونصف، بينما إذا كان الشرط أخذها بعد الاسترباح، كان الأصل والربح خمسة عشر، وإذا خرجت الثلاثة بقي اثني عشر، ومن الواضح اختلاف حصتها حسب اختلاف حصة الربح.

{نعم لو حصل الربح بعد هذا} الذي أنفق على نفسه من الأصل {تحسب} النفقة {من الربح، و} عليه {يعطي المالك تمام رأسه ماله ثم} القدر الباقي بعد رأس المال، الذي هو الربح الصافي للتجارة،

يقسم بينهما.

{يقسم بينهما} حسب المقرر إن بقي شيء.

أما إذا لم يبق، كما إذا حصل على العشرة ثلاثة وكانت النفقة ثلاثة، فإنه لا يبقى ربح بعد الثلاثة للنفقة كما هو واضح، وبما ذكرناه يظهر ببعض المآخذ على بعض الإطلاقات، فراجع المسالك والرياض والجواهر.

هذا ولكن الغالب في المضاربات المشروطة بكون النفقة للعامل أن يتاجر العامل ويأخذ النفقة تدريجاً، وبعد العام مثلاً يحسب ما عنده، ويخرج رأس المال ويقسم الربح الباقي بينهما حسب النسبة المقررة، وعليه لا يحق له أن يأخذ كل النفقة من رأس المال أولاً، لأن ذلك يؤثر في قلة الربح.

نعم له أن يؤخر الأخذ بأن يصرف من نفسه وبعد ذلك يأخذ ما صرفه، وهذا وإن سبب أكثرية الربح عن أخذه النفقة تدريجاً، إلاّ أن الظاهر المنصرف إليه إطلاق شرط أخذ النفقة عرفاً أن مزيد الربح الذي كان في قبال النفقة التي لم يأخذها تدريجاً ليس للعامل، بل يحسب الربح كلاً ويقسم بالنسبة.

مثلاً كان له أن يأخذ كل يوم ديناراً لأجل النفقة، فإذا لم يأخذه هذا اليوم وتاجر به في ضمن رأس المال وربح نصف دينار فأخذ الدينار ليلاً، ليس له أن يأخذ ليلاً ديناراً ونصفاً بحجة أن النصف ربح دينار ومصرفه الذي لم يأخذه في الصباح.

نعم إذا أخذ الدينار صباحاً بعنوان النفقة، ثم اشترى مأكله نسيئةً وبعد ذلك تاجر بالدينار لنفسه كان الربح له، لأن حاله حينئذ حال دينار خارجي.

(مسألة ٢١): {لو مرض في أثناء السفر، فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة} حسب الشرط، لأن المرض وعدمه حينئذ سواء، فقد عمل العمل المقرر، ولذا قال في الجواهر: بلا ريب. وقال في المستمسك: لإطلاق الأدلة.

{وإن منعه} منعاً كاملاً، وإنما قلنا المنع الكامل، لوضوح أن المنع غير الكامل لا يوجب إلاّ المنع من بعض النفقة حسب المنصرف عن الإطلاق، إن قلنا بأن المرض يمنع النفقة، مثلاً كان اللازم أن يشتغل كل يوم ثمان ساعات وكانت نفقته كل يوم ديناراً، فمرض مرضاً يمنعه كل يوم عن أربع ساعات، فإن مقتضى المنصرف من الإطلاق أن يمنع من نصف النفقة لا كل النفقة.

ثم اللازم تقييد آخر، وهو إن كان الإطلاق ينصرف عن حال المرض، أما إذا لم ينصرف كانت له النفقة، كما إذا كان السفر يلازم المرض غالباً لأنه سفر إلى البلاد التي يتعارف فيها المرض، وقد قرر بين المالك والعامل السفر إلى هناك مثلاً.

وبما تقدم يعلم أن المراد بالمرض أعم من كل شيء من هذا النوع الذي يمنع العمل، لا خصوص المرض المصطلح عليه، كما إذا كان له ضعف لا يسمى مرضاً، أو شرب المرقد فنام كثيراً أو ما أشبه ذلك، مما منع العمل وإن لم يسمّ عرفاً بالمرض.

وكيف كان، فإن منعه المرض {ليس له} أخذ النفقة، كما ذكره الجواهر

وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.

وغيره، وعللوه بأن السفر في حال المرض المانع عن العمل ليس للتجارة، وبعبارة أخرى المنصرف من إطلاق أخذه النفقة ما كان في حال العمل، فإذا لم يكن في حال العمل لم تكن له النفقة، لأن الكلام لم يشمله.

هذا ولكن أشكل عليه غير واحد إما مطلقاً أو في الجملة، والأقرب أن الأمراض العادية المتعارفة لا تمنع النفقة، لأن إطلاق كلامهما يشمله مثل سائر الموانع، كما إذا منعه الحر أو البرد أو المطر أو العواصف أو ما أشبه، فإن المنع عن النفقة في هذه الأمور العادية خلاف ظهور الإطلاق في العموم، ولذا فإطلاق المستمسك في قبال إطلاق المصنف لا يخلو عن نظر أيضاً، قال: (ولازمه عدم النفقة مع طرو المانع عن العمل غير المرض إذا كان في مقام الزوال وهو كما ترى) انتهى.

اللهم إلاّ إذا أراد منع الإطلاق، كما قال بعض المعاصرين: في إطلاقه نظر.

{وعلى الأول} الذي مرض بما لا يمنعه عن الشغل {لا يكون منها} أي من النفقة التي يأخذها {ما يحتاج إليه للبرء من المرض} كما قاله المسالك وغيره، معللاً له بأنه لا يتعلق بالتجارة، ولكن الظاهر أن نفقة البرء المتعارف مشمول لإطلاق النفقة مثل المسكن والمأكل والمشرب ووسائل الحر والبرد والحفظ وغيرها، إذ كلها تسمى بالنفقة، ولذا قال في المستمسك: (يشكل بأن المرض وإن لم يكن للتجارة لكن السفر لها، فإذا كانت مؤنة المرض من نفقات السفر كانت على المالك كغيرها من شؤون النفقة).

ثم الظاهر أن من النفقة ما لابد له أن يعطيه للظالم لأجل جواز السفر ونحوه، كما يتعارف في حال الحاضر، وكذا ما يعطيه للطرف الذي سبب اصطدام سيارته به عطباً لذاك مما يلزم الضمان، إذا لم يكن بقصد وتفريط، وكان الإطلاق غير منصرف عنه.

والحاصل: اللازم ملاحظة سعة الإطلاق عرفاً وضيقه، ولو شك في شمول الإطلاق كان الأصل العدم، لأنه مصرف يخرج من كيس المالك إلى العامل بنفسه أو لشؤونه، فإذا شك في تكليف المالك بذلك كان الأصل العدم.

ولو تنازعا كان العامل مدعياً.

وكذلك لو اختلفتا في أن المجعول له جعل له من الأصل أو من الربح أو منهما بالنسبة، إذ حاصل الدعوى أن المال هل يخرج من كيس المالك أم لا، فالأصل عدم الخروج، ولو سلم الخروج لكن كان الكلام في خروج الأزيد أو الأقل، كان الأصل عدم الأول.

(مسألة ٢٢): {لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر، فنفقة الرجوع على نفسه} على ما ذكره غير واحد، وعن ظاهر المسالك أنه لا خلاف فيه بيننا، واستدلوا له بارتفاع المضاربة فيرتفع حكمها، ولا تشمله الروايات السابقة لظهورها في المضاربة الباقية.

وفي المقام احتمالات أخر:

الأول: كون النفقة كالسابق لإطلاق النص، وإنصرافه إلى صورة عدم الفسخ غير ظاهر، بالإضافة إلى أنه استحق النفقة بالسفر، والسفر بعد باق، فالحكم بالاستحقاق باق أيضاً.

الثاني: الفرق بين نفقة السفر ونفقة العامل، فالأولى على الأصل، والثانية على نفس العامل، احتمله المستمسك قائلاً: (اللهم إلاّ أن يقال النص لا ينفيه ــ أي كون النفقة على أصل المال ــ والقاعدة تقتضيه، فالعمل بها متعين في خصوص نفقة السفر، لا نفقة العامل).

الثالث: الفرق بين ما إذا كان الفسخ بسبب العامل فلا نفقة، لأنه أقدم على ذلك بعد عدم كون دليل النفقة شاملاً لهذه الصورة، وبين ما إذا كان الفسخ لا من جهته، فالنفقة على أصل المال، إذ لا وجه لتضرر العامل بما لم يقدم هو عليه.

الرابع: الرجوع إلى قصد الطرفين عند هذا الشرط، لأن العقود تتبع القصود، فإن كان قصدهما النفقة كانت لازمة على الأصل، وإلا فلا لأصالة براءة

بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ فإنها من مال المضاربة.

المالك[1] عن وجوب شيء عليه، والمسألة بحاجة إلى مزيد من التأمل.

أما قول المصنف: {بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ فإنها من مال المضاربة} فإنه مستدرك، ووجهه ما تقدم.

ثم إنه لو كان حين الفسخ نفقة السفر على العامل، لا ينفع في كون النفقة على المالك اشتراط العامل لذلك في ضمن العقد، إذ بالفسخ يبطل العقد وشرطه أيضاً يبطل، ــ وإن قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائز ــ فإن الشرط لازم الوفاء إذا كان عقد، فإذا انتفى كان من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

لا يقال: مقتضى القاعدة أنه على المالك إذا كان العامل مغروراً بأن زعم أن النفقة عليه وإن حصل الفسخ، لقاعدة «المغرور يرجع إلى من غر»[2].

لأنه يقال: عدم معرفة العامل بالمسألة لا يوجب ضمان المالك، فهو كما إذا تصورت المرأة أن المتعة نفقتها على المتمتع، فإن ذلك لا يوجب جريان قاعدة المغرور عليها.

نعم إذا أراد العامل كون النفقة على المالك على أي حال تمكن من ذلك

(١) انظر الوسائل: ج١ الباب ٥ من أبواب مقدما ت العبادات ح١. المستدرك: ج١ الباب ٥ من مقدمات العبادات.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح١٣.

يجعل الشرط في ضمن عقد لازم آ خر، وقد ذكرنا في باب الشرط أنه يوجب الوضع، فله أن يجبر المالك الممتنع بواسطة الحاكم من إعطاء النفقة، وله أن يتقاص من ماله إذا لم يمكنه الإجبار، والله العالم.

(مسألة ٢٣): قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وأن في الأول الربح مشترك، وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة والربح بتمامه لي، كان مضاربة فاسدة

(مسألة ٢٣): {قد عرفت الفرق بين المضاربة والقرض والبضاعة، وأن في الأول الربح مشترك} بين العامل والمالك، {وفي الثاني للعامل، وفي الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربةً والربح بتمامه لي، كان مضاربة فاسدة} لأن قوام المضاربة كون الربح بينهما، فهو مثل أن يقول: زوّجتك على أن تكوني زوجة لي ولأخي، حيث إنه نكاح فاسد إذا كان ذلك مصب العقد لا على نحو الشرط.

فإن المضاربة وكون الربح كله للمالك لما لم يمكن جمعهما، فالأمر لا يخلو من أربعة احوال، لأنه إما قصدهما، أو لم يقصد أياً منهما، أو قصد البضاعة، أو قصد المضاربة، فإن قصد المضاربة كانت مضاربة، وإن قصد البضاعة كانت بضاعة، وإن لم يقصد أياً منهما بطل لأن العقود تتبع القصود، وإن قصدهما فهو على ثلاثة أقسام:

لأنهما إما مصب العقد، أو {الربح تمامه لي} على نحو القيد، واللازم البطلان فيهما، إذ حقيقة المضاربة الاشتراك في الربح، وإن كان هناك أمر عقلائي في إجراء العقد هكذا، مثل أن يزيد على مال العامل الذي يريد التجارة بمال نفسه مما يسبب له إمكان المعاملة بماله فيما لا يمكنه تلك بماله وحده، مثلاً كانت صفقة تباع بمائة ألف، وليس للعامل إلا خمسون، فلا يقدر على المعاملة المربحة بتلك الصفقة إلاّ بخمسين آخر.

أو أن بقاء العامل بلا عمل كسر له، ولذا يريد العمل ولو بدون ربح ليخرج نفسه عن البطالة، أو ما أشبه ذلك مثل أن الظالم يخاف من المالك فلا يمد يده إلى مال العامل، حيث يعلم أنه يتاجر بمال المالك، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والثالث: أن يكون على نحو الشرط، وحيث إن الشرط فاسد وقد حقق في مبحث الشروط أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، فيحتمل القول بصحة العقد وبطلان الشرط.

لكن هنا محذور أنه لا يمكن أن يكون بضاعة لعدم قصدها، إذ العقود تتبع القصود، ولا يكون مضاربة، لأن مقوم المضاربة اشتراك الربح وقد فرض أنهما بنيا على عدم الاشتراك، ولا يمكن القول باستحقاق العامل أجرة المثل لأن المالك دخل على أن لا يكون له الأجرة وقبل العامل ذلك فلا حق له، وقاعدة احترام عمل المسلم لا مجال لها بعد أنه هتك حرمة عمله بنفسه، كما إذا بنى دار زيد مجاناً.

ومنه يعلم أن احتمال صحة العقد وبطلان الشرط لا مجال له، فاللازم القول ببطلان العقد فلا مضاربة لعدم إمكانها، ولا بضاعة لعدم قصدها، فما قصد لم يقع، وما أمكن وقوعه لم يقصد.

وبذلك ظهر موقع الإشكال في كلام المستمسك حيث قال: (والمتحصل أنه مع الالتفات التفصيلي في مقام الثبوت لا مضاربة، لا صحيحة ولا فاسدة، وفي مقام الإثبات لا بضاعة، ومع عدم الالتفات التفصيلي فالواقع إما مضاربة صحيحة، أو بضاعة صحيحة لا مضاربة فاسدة).

إلا إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعة، ولا يستحق العامل أجرة إلاّ مع الشرط أو القرائن الدالة على عدم التبرع، ومع الشك فيه وفي إرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً لقاعدة احترام عمل المسلم

{إلاّ إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعة، ولا يستحق العامل أجرة} وقد (علم) يراد به في مقام الإثبات، وإلا فالحكم مرتبط بمقام الثبوت.

{إلاّ مع الشرط} أي شرط الأجرة {أو القرائن الدالة على عدم التبرع} حيث إن المالك استوفى عمله و لم يقصد العامل التبرع، على ما تقدم في بعض المسائل السابقة أن انضمام الأمرين الاستيفاء وعدم قصد التبرع يوجب أجرة المثل.

وكيف كان، فإذا لم تكن مضاربة فقد يشترط التبرع وهو البضاعة، وقد يذكر الأجرة فهو استيجار، وقد يسكت عن الأمرين، واللازم هنا الأجرة أيضاً لاستيفاء العمل غير المتبرع به كما تقدم.

ومنه يظهر وجه قول المصنف: {ومع الشك فيه وفي إرادة الأجرة يستحق الأجرة أيضاً} وذلك {لقاعدة احترام عمل المسلم}[1] الذي استوفاه المالك، فإن كلاً من الأمر والاستيفاء يوجب الأجرة إذا لم يتبرع العامل، فما ذكرناه من أن الاستيفاء يوجب البدل لا مفهوم له، إذ ربما يكون أمر بدون استيفاء ومع ذلك عليه الأجرة، كما إذا قال: اكنس هذا المسجد، فإنه يستحق عليه الأجرة، وإن لم يستوف الأمر شيئاً، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه)

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

عدم لزوم أن يدخل البدل في كيس من خرج المثمن من كيسه، وذكرنا أنه إما أن يدخل كيسه كما إذا أعطاه ديناراً ليعطيه خبزاً، أو كيس ثالث كما إذا أعطاه ديناراً ليعطي للفقير خبزاً، أو من كيس ثالث إلى كيس رابع كما إذا أعطاه ديناراً ليصبغ ولده دار ولد المعطي، وإما له غرض في ذلك كما إذا أعطاه ديناراً ليكنس المسجد.

{وإذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لك، فكذلك مضاربة فاسدة} كما في القواعد والتذكرة وغيرهما، وذلك لأن من شرط القراض اشتراك الربح.

وحيث قد عرفت مقتضى القاعدة في عكس هذه المسألة، كان اللازم جريان ذلك التفصيل هنا أيضاً، كما أشار إليه المستمسك قائلاً: (الكلام في المقامين من باب واحد)، وإن عرفت الإشكال في أحكامه التي ذكرها في المتحصل).

ولما ذكرناه قال السيد البروجردي: (ليس هذا من المضاربة أصلاً كما مر، فإن قصد به تمليك العين كان قرضاً، وإلا كان إهداءً للربح إليه قبل وجوده وهو لا يترتب عليه أثر).

أقول: نعم يمكن ترتب الأثر بأنه إذا أراد المالك أخذ الربح كان عليه أن يعطيه الأجرة، لأنه استوفى ما لم يتبرع به العامل.

{إلا إذا علم أنه أراد القرض} قد تقدم أن الكلام ينبغي أن يكون في مقام الثبوت، لا الإثبات.

ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه واتجر به والربح بتمامه لي، كان بضاعة إلاّ مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة، ولو قال: خذه واتجر به

{ولو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه واتجر به والرح بتمامه لي، كان بضاعة} كما ذكره غير واحد، كالشرائع والقواعد وغيرهما، إلاّ أنه لا بد من إرادهم ما لو قصدا التبرع بعمل العامل، وإلا كان اللازم إعطاءه الأجرة، لأن المالك استوفى عملاً لم يقصد العامل التبرع به، فيشمله دليل الضمان، مثل «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، ولذا اشكل عليهم المستمسك بأن مقتضى استيفاء عمل المسلم ضمانه.

وكيف كان، فالصور أربع: لأنهما إما أن يريدا المجانية فلا أجرة، أو الاجرة فالأجرة، أو إرادة المالك فقط المجانية مع فهم العامل ذلك، ومع ذلك عمل فلا أجرة، إذ العامل بنفسه أهدر أجرته بإقدامه على ما طلب المالك مجانية عمله، أو إرادة العامل فقط فلا أجرة، لأن العامل أهدر حق نفسه فلا حق له في الأجرة وإن إعطاها المالك إياه.

{إلا مع العلم بإرادة المضاربة فتكون فاسدة} لأنه خلاف حقيقة المضاربة أن يكون كل الربح للمالك، وحيث قد تقدم الكلام في مثل ذلك في أول المسألة لم يكن داع إلى تكراره.

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

والربح لك بتمامه، فهو قرض إلاّ مع العلم بإرادة المضاربة ففاسد

ومنه يعلم الإشكال في إطلاق كلام المصنف: {ولو قال: خذه واتجر به والربح لك بتمامه، فهو قرض} كما ذكره المحقق والعلامة وغيرهما، والظاهر أن مرادهم أن مثل هذا الكلام يعطي فائدة القرض، لا أنه قرض، لوضوح أن القرض تمليك بعوض، وهذا لا يلازم التمليك، وبذا أشكل عليهم مجمع البرهان وتبعه المستمسك.

ولذا نزل الرياض كلامهم على إرادة أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحكام القرض، لا أنه قرض فعلاً.

وكيف كان، فمثل هذا الكلام على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يريد المالك القرض، ولا إشكال فيه.

الثاني: أن يريد الربح لهما، لكن هو وهب حصته للعامل، وقد تقدم أن مثل ذلك هبة غير لازمة، فهو مثل أن يقول: كلما أثمرت أشجاري فهو لك، فإنه لا يوجب تملك الموهوب له لها، ولا يكون ذلك مضاربة لعدم جعل نسبة الربح لهذا وذاك، مما لا تكون المضاربة إلاّ به.

الثالث: أن يريد ملكية المالك للمال وإنما كل الربح للعامل، وهذا كالثاني هبة غير ملزمة.

{إلا مع العلم بإرادة المضاربة ففاسد} لما تقدم من أن مقوم المضاربة تقسيم الربح.

ومنه يعلم حال ما إذا قال: اتجر به والربح للفقراء أو للمساجد أو ما أشبه ذلك.

ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك، وللعامل أجرة عمله إلاّ مع علمه بالفساد.

{ومع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك} قالوا لأن الربح تابع للمال، وفيه عدم تسليم ذلك، بل الربح لكل من المالك والعامل بنسبة خاصة، لأن الربح تابع لهما، فالمال وحده لا يربح والعمل وحده لا يثمر وإنما الثمر نتيجة الأمرين.

{و} بهذا ظهر الإشكال في قوله: {وللعامل أجرة عمله} إذ الأجرة لا تلاحظ النسبة، اللهم إلاّ أن يريد بالأجرة النسبة الواقعية، ولكنه خلاف ظاهر مثل هذا الكلام.

هذا بالإضافة إلى ما تقدم من أنه إذا جعل تمام الربح للمالك في المضاربة الفاسدة، وكان قصد أحدهما المجانية لم يكن وجه لكون الأجرة للعامل.

{إلا مع علمه بالفساد} إذا علم بالفساد ولم يقصد المجانية لم يكن وجه لعدم الأجرة، لأنه لم يدخل على أن يكون عمله مجاناً، والمالك لم يأمره بالعمل مجاناً، فلا فرق بين العلم والجهل في استحقاقه الأجرة، كما ألمع إلى ذلك جماعة من المعلقين.

ثم لو قال: خذ واتجر به والربح لك، وربح أقل من أجرة المثل، أو لم يربح، أو خسر، لم يكن المالك ضامناً للتفاوت في الأول، ولا للأجرة في الآخرين، إذ قد دخل العامل على أن لا يكون له شيء خارج الربح.

(مسألة ٢٤): لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض، أو مضاربة فاسدة أو بضاعة، ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة

(مسألة ٢٤): {لو اختلف العامل والمالك في أنها مضاربة فاسدة أو قرض} فيما إذا كان هناك فائدة في الاختلاف المذكور، كما إذا ربح وكانت الأجرة أقل من الربح، إلى غير ذلك، إذ لولا الفائدة لم يكن نزاع، كما قرر في كتاب القضاء.

{او مضاربة فاسدة أو بضاعة} كذلك، {ولم يكن هناك ظهور لفظي ولا قرينة معينة} يتسالم عليه الطرفان، إذ التسالم يوجب رفع الاختلاف، أما إذا كان أحدهما بدون تسالم الطرفين على قبوله، فلا وجه بارتفاع النزاع بمجرد الظهور أو القرينة، فإن أحدهما إذا سلم بالظهور أو القرينة لكنه ادعى أن الأمر لم يكن حسب هذا الظاهر أو القرينة كان نزاع أيضاً، فإن النزاعات كثيراً ما تكون على خلاف الظهورات اللفظية أو العقلية كظهور اليد في الملكية، ومع ذلك الطرف الخارج يدعي عدم تماميه يده، بل قد ذكر جماعة منهم لو كان له بيده ورقة بإمضاء الطرف أنه أبرأه أو وهبه أو باعه أو ما أشبه ذلك، وادعى الطرف أنه صحيح كون ذاك كتابته، إلاّ أنه كتبه ليهب أو يبيع بعد ذلك، سمع دعواه لكثرة الكتابة قبل العمل، واحتمال كون الواقع كذلك في مورد الدعوى، وكأن المصنف تبع في تقييده بـــ (هناك) المسالك والجواهر.

وفيه ما تقدم، إلاّ إذا أرادا أنه لوكان ظهور لم يكن نزاع بأن كان من باب السالبة

بانتفاء الموضوع، وكأن المعلقين الذي سكتوا على قيد المصنف، لما ذكرناه من (كان...).

أما قول المستمسك: (ولعل مراد المصنف أن ذلك في شرط التحالف، ومع الظهور اللفظي أو القرينة يكون المورد من موارد المدعي والمنكر، لا أنه لا تسمع دعوى الخلاف) انتهى.

ففيه: إن التحالف لا يلزم عدم الظهور، بل الظهور يكون حينئذ مؤيداً، هذا بالإضافة إلى أن الظاهر من كلام المسالك ـــ الذي تبعه المصنف حسب الظاهر، وإلا كان له ذكر الادعاء والإنكار ـــ أنه يرفع التزاع مطلقاً مع الظهور، لأنه قال: (ضرورة عدم وجه لمن يدعي خلاف الظاهر بلا قرينة، وإلا لزم من ذلك فساد كثير).

{فمقتضى القاعدة التحالف} وإنما كان التحالف، لأن كلاً منهما يدعي أمراً خلاف الأصل، فإن المضاربة الفاسدة والقرض والبضاعة كلها خلاف الأصل، والملاحظ في إجراء أحكام الدعوى مصب التزاع الذي يفرغ كل طرف دعواه عليه، وليس الملاحظ الغرض المقصود من الدعوى، وإن جعله المستمسك مقتضى التحقيق.

ولذا إذا قال أحدهما: إنه يطلب الطرف مالاً، يختلف {في سير التزاع} جواب الطرف، فإن قال: {إني بريء} كان منكراً، وكان الأصل معه، وإن قال: {أديت طلبه} كان مدعياً، وكان الأصل مع الطرف، مع أن الغرض المقصود من الدعوى لا يختلف في المقامين، فإن جوهر التزاع في أنه هل يؤدي الطرف

مالاً أو لا، وكذلك إذا قال الرجل: هو زوجتي، وقالت هي: لست زوجته، أو طلقني، فإن في الأول يكون الرجل مدعياً، وفي الثاني منكراً، مع أن الغرض المقصود من الدعوى جواز مباشرهما مباشرة الأزواج وعدمه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد ذكر الفقهاء في كتاب القضاء أمثلة جوهرها واحد، لكنها تختلف من حيث سير القضاء في الذي ينطبق على أطراف التراع من الصفات، وذكروا هل يجوز للحاكم تعليم بعضهم كيفية تقرير الدعوى بما ينجحه في التراع.

وبناءً على ماذكرناه من كون المعيار مصب الدعو، فللمسألة صور:

الأولى: إذا ادعى المالك القرض وادعى العامل المضاربة الفاسدة {وذلك لأن المالك يريد التخلص من الأجرة، حيث إن القرض لا أجرة على المالك فيه، بخلاف المضاربة الفاسدة، حيث على المالك أجرة عمل العامل، أو ليست خسارة المال على المالك في القرض، بينما خسارته على المالك في المضاربة} كان من مورد التحالف، لأن كلا الأمرين خلاف الأصل.

الثانية: إذا ادعى المالك المضاربة الفاسدة، وادعى العامل القرض {لأن المال ربح ربحاً أكثر من الأجرة، فالمالك يريد الربح وإعطاء الأجرة، والعامل يريد أن يكون كل الربح له لأنه قرض}.

ففي بعض الحواشي: الظاهر أن الحلف يتوجه إلى المالك، لإنكاره القرض، وليس في دعواه المضاربة إلزام للعامل بشيء ليتوجه الحلف إليه أيضاً، وفيه:

إن في دعواه المضاربة الفاسدة إلزام للعامل، حيث إن المضاربة الفاسدة تعطي كل الربح للمالك، ويعطي المالك الأجرة للعامل، والأجرة أقل من الربح حسب الفرض، فقوله: (ليس إلزام) محل نظر.

هذا بالإضافة إلى أن صيغة الدعوى التي هي المعيار ــ على ما تقدم ــ مختلفة، مما لا يجعل أحدهما مدعياً والآخر منكراً، بل كل واحد مدع خلاف الآخر، وهذا هو ميزان التحالف على ما ذكر في كتاب القضاء.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول السيد البروجردي، حيث قال: (العامل في كلتيهما لا يضمن المال، ولا له شيء من الربح، وإنما يكون له الأجرة في الأولى مع جهله بالفساد أو مطلقاً، وفي الثانية مع عدم تبرعه، فعلى هذا لا إلزام في شيء منهما إلاّ أن يحرر المالك دعواه على وجه لا يستحق العامل معه الأجرة على عمله، فتكون ملزمة ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالأجرة ولا تحالف على الأصح) انتهى.

وجه الظهور أن العامل في صورة القرض ــ حيث يدعيه ــ يملك كل الربح، فكيف يقال ليس له شيء من الربح، هذا بالإضافة إلى أنه لو ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة وجهل المالك بها كان ضامناً للمال، حيث يشمله دليل اليد، فإطلاق قوله: (لا يضمن المال) محل منع، إلى ذلك من موارد النظر في كلامه، كما يظهر بعضها مما سيأتي.

أما قول السيد الجمال في تعليقه: (ويحكم حينئذ في الصورتين بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل أجرة عمله)، ففيه مواضع نظر،

إذ أولاً: لا

إطلاق لما أطلقه، فإنه قد لا يكون ربح، وقد يكون خسران، فليس كل فروض المسألة فيها ربح حتى يطلق أن الربح للمالك.

وثانياً: لا أجرة للعامل إذا ثبت علمه بالمضاربة الفاسدة، إذ لا يحق له التصرف في مال المالك بعد هذا العلم، والحال أن إذن المالك كان مقيداً بالمضاربة الصحيحة، فإن احترام عمل المسلم إنما هو إذا لم يهدر هو عمله، كما تقدم في المسألة السابقة.

وثالثاً: ما سبق أن ذكرناه من أن الربح وليد رأس المال والعمل، فاللازم أن يقسم بينهما بنسبة عادلة غير مجحفة، والأجرة غير النسبة، كما هو واضح فيما كان الربح كثيراً، مثلاً عمل شهراً وأجرته مائة، بينما نسبة الربح تقتضي الألف مثلاً، وقد ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) لزوم عدم الإجحاف كما ذكره علي (عليه السلام) في موضعين من نهج البلاغة.

الصورة الثالثة: أن يختلفا في أنها مضاربة فاسدة أو بضاعة، فالمالك يقول: إنها بضاعة، حتى يكون كل الربح له بدون أجرة للعامل، والعامل يقول: إنها مضاربة فاسدة، يكون كل الربح له باستثناء أجرة العامل، ومقتضى القاعدة هنا التحالف لما عرفت أن المعيار مصب الدعوى، لا الغرض المقصود منها.

ومنه يعلم وجه الإشكال في تعليق ابن العم، حيث قال: (الصورة الثانية ليست مورداً للتحالف. لعدم دعوى ملزمة إلاّ بالتأويل) انتهى.

كيف والعامل يريد الأجرة، والمالك يريد عدم إعطائها له، فإنهما لو صبا النزاع هكذا كان العامل مدعياً والمالك منكراً، ولو صباها بضاعةً ومضاربةً

كان من موارد التحالف، وقد عرفت أن الاعتبار بالمصب لا بالمقصود الآئل إليه التزاع.

ومنه يظهر وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال: (وإذا ادعى المالك البضاعة، وادعى العامل المضاربة الفاسدة، فقد اتفقا على كون الربح للمالك، ويكون الخصام بينهما في أن العامل يستحق على المالك الأجرة أو لا، فالمالك يدعي أنها بضاعة مبينة على المجانية، والعامل يدعي المضاربة الفاسدة الموجبة لاستحقاق الأجرة، فاستيفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل على كل حال، ويدعي المالك التبرع، وينكر العامل ذلك).

الصورة الرابعة: عكس الصورة الثالثة، بأن ادعى العامل البضاعة والمالك المضاربة الفاسدة، وهذا التزاع يكون لأمرين:

الأول: الواقعية، حيث يعتقد كل صحة ما يقوله.

الثاني: الآثار الخارجية، كما إذا كان الظالم يأخذ من الأموال التي تجعل في البضاعة ضريبة، والمالك يريد الفرار من ذلك مثلاً، أو أن العامل لا يريد أخذ الأجرة لأنه يراه نوع منة من المالك عليه، أو أن العامل إذا ثبت أنه عمل مضاربة لم يعط من الأموال المقررة للعاطلين الذين لا حق لهم في عمل، بينما إذا كان الأمر بضاعة أعطي من تلك الأموال.

وكيف كان، فإذا تحقق هناك نزاع شرعي كان من موارد التحالف أيضاً، وإذا تم التحالف كان اللازم إعطاء العامل الأجرة، وإذا لم يقبل كانت من مجهول المالك الذي يقسم بينهما، أو يرجع بها إلى بيت المال، كما إذا قال

وقد يقال: بتقديم قول من يدعي الصحة وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة واختلفا في صحتها وفسادها، لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح وعلى الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلا

أحدهما: هذا لك، وقال الآخر: بل لك، والله سبحانه العالم.

{وقد يقال: بتقديم قول من يدعي الصحة} كما في المسالك، وذلك لأن الأصل في العقود الصحة، وهو أصل ثانوي مقدم على أصل الفساد الذي هو أصل أولي، كما قرره الشيخ في المكاسب وغيره في غيره.

{وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحة ما إذا علم أنهما أوقعا معاملة معينة} كالمضاربة {واختلفا في صحتها وفسادها} فإن دليل الأصل الثانوي المقتضي للصحة يشمله {لا مثل المقام الذي يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح وعلى الأخرى باطل} فإنه مورد التحالف.

سواء كانا من جنس واحد {نظير} ما إذا اختلف الزوجان أن العقد دائم ليكون باطلاً، حيث للزوج أربع نسوة، أو منقطع ليكون صحيحاً لأن الانقطاع لا ينافي ذلك، ومن الواضح أن الدوام والمتعة من جنس واحد.

أو من جنسين، مثل {ما إذا اختلفا في أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجارة الفاسدة مثلاً}، أو اختلفا في الإجارة الصحيحة والبيع الفاسد مثلاً.

وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف، وأصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة، أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة.

{وفي مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف} وقد ظهر مما تقدم عدم صحة إشكال المستمسك فيه فراجع.

{وأصالة الصحة لا تثبت كونه بيعاً مثلاً لا إجارة} أو بالعكس في العكس {أو بضاعة صحيحة مثلاً لا مضاربة فاسدة} لأن ذلك خارج عن مجرى الأصل.

ومما تقدم ظهر الكلام في سائر صور الاختلاف، كما إذا قال: أعطيته بدل إيجار داره، أو سلعته التي اشتريتها منه، أو بدل رهن داره أو ما أشبه ذلك، وقال: بل قرضاً أو مضاربةً أو بضاعةً أو ما أشبه ذلك، فإن أمثال هذه المقامات من التداعي الموجب للتحالف.

(مسألة ٢٥): إذا قال المالك للعامل خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح، ولكل منهما النصف، وإذا قال: ونصف الربح لك، فكذلك

(مسألة ٢٥): {إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح} بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم، بل ظاهر المسالك وغيره الاتفاق عليه.

{و} هل { لكل منهما النصف} كما صرح بذلك غير واحد، لأنه المنصرف من (بيننا) أو بالنسبة المعقولة، الظاهر الثاني، لوضوح أن لكل من رأس المال والعمل نسبة خاصة من الربح إذا لم تكن هناك إرادة منهما لغير تلك النسبة، ولو كان الانصراف سبباً للتنصيف، إذ الإرادة قد يصرح بها وقد توكل إلى الإنصراف.

ومن المعلوم أن النسبة تختلف من زيادة المال وقلته، ومن زيادة نشاط العامل وقلته، ومن تعدد المالك أو العامل أو كليهما ووحدتهما، فإذا كان هناك عاملان كان نصيب المالك أقل، بينما إذا كان المالك متعدداً كان نصيب العامل أقل وهكذا.

{وإذا قال: ونصف الربح لك، فكذلك} هذا مما لا إشكال فيه ولا خلاف، وتقتضيه القاعدة، لأن العقود تتبع القرار، اللهم إلاّ إذا كان إجحاف، حيث إنه منهي عنه، كما في كلام الإمام (عليه السلام) في كتابه إلى الأشتر[1] وفي غيره.

والإجحاف إنما يتحقق إذا كانت النسبة أقل من النصف لأحدهما بما لا يتسامح

(١) نهج البلاغة: الخطبة ٥٣.

به عرفاً، و لم يكن صاحب النصف مطلعاً على ذلك.

مثلاً عامل عمل مائة يوم كل يوم بدينار وجمعه، ويكون إذا اشترى به داراً كانت إجارة الدار كل يوم بدينار، ومعنى ذلك أن أجرة كل يوم تعطى عشرة أفلس ربحاً حيث إن الدينار ألف فلس، فإذا أعطى هذا المالك المائة لعامل فعمل فيها خمسين يوماً وصار مجموع رأس المال والربح عنده مائتين وخمسة وعشرين ديناراً، كان لازم ذلك أن المائة دينار رأس المال ربح كل يوم ديناراً، لفرض أن أجرة الدار لخمسين يوماً خمسون ديناراً، وأن اجرة العامل لخمسين يوم عمله خمسون ديناراً، وربح خمسينه خمسة وعشرون ديناراً، لفرض أن كل دينار يربح عشرة أفلس، فاللازم تقسيم الربح الصافي الذي هو مائة وخمسة وعشرون ديناراً بين المالك والعامل، فللمالك خمسون ديناراً علاوة على مائة، وللعامل خمسون لكل يوم دينار، وخمسة وعشرون أرباح الخمسين، إذ كما لمائة المالك في كل يوم دينار كذلك لخمسين العامل في كل يوم نصف دينار.

وهذا هو مقتضى النسبة التي ذكرناها، فإذا وزع الربح، أي مائة وخمسة وعشرون، كما قال المصنف تبعاً للمشهور من التنصيف، كان معناه أن للمالك اثنين وستين ونصف دينار، وللعامل بقدر ذلك، والحال أن المالك أخذ اثني عشر ونصفاً أكثر من حقه، والعامل نقص من حقه اثني عشر ونصف.

ولا يخفى أن المثال تقريبي، وإلا فاللازم ملاحظة أرباح خمسينه يوماً فيوماً، لأن مائة المالك مجتمعة، أما خمسون العامل فإنه ليس مجتمعاً، بل يحصله ويسترنجه يوماً فيوماً.

بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم بين العبارتين وحكم بالصحة في الأولى لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعية

وكيف كان، فإذا أقدم العامل على ذلك لم يكن به بأس، أما إذا لم يعلم بهذا النقص كان إجحافاً بحقه، كما قالوا مثل ذلك في باب الغبن، حيث للمغبون الخيار إذا كان جاهلاً بالغبن حين المعاملة.

وإن شئت قلت في المقام: إن العامل غبن، وإن لم يتعمد غبنه المالك، فله حق أخذ مقدار حقه، كما إذا غبن الأجير في سائر أنحاء الإجارة.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا كان رأس المال أكثر من مائة أو أقل من مائة، وقد فرض أن العامل عمل فيه خمسين يوماً مثلاً، حيث إن لكل من العامل والمالك نسبة خاصة من الربح إذا تعدى أحدهما على الآخر بأخذ الأزيد من تلك النسبة كان إجحافاً إن لم يعلم به الطرف الذي أخذ أقل من حقه النسبي.

{بل وكذا لو قال: ونصف الربح لي، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم} كالشرائع {بين العبارتين وحكم بالصحة في الأولى لأنه} كما علله المسالك {صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقي له على قاعدة التبعية} حيث إن الربح تابع للمال.

أقول: لكنا ذكرنا سابقاً الإشكال في هذه القاعدة، لأن الربح وليد المال والعمل، فجعله تابعاً للمال خلاف القاعدة، وإنا وإن لم نقل بأن الربح تابع

بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً على قاعدة التبعية.

فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، وأنت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل.

للعمل، كما ذهب إليه بعض الاقتصاديين، إلاّ أنا لا نقول بالتبعية للمال أيضاً، كما هو المشهور بين الفقهاء.

{بخلاف العبارة الثانية، فإن كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضاً} إذ عدم كونه للمالك من باب مفهوم اللقب، وهو ليس بحجة، فعدم ذكر حال النصف الآخر يقتضي كونه للمالك أيضاً {على قاعدة التبعية} ولذا تكون المضاربة باطلة، كما في المسالك، حيث قال: الأجود البطلان، وقال في القواعد: بطل على إشكال، حيث لم يذكر حق العامل، فهو مضاربة فاسدة.

{فلا دلالة فيها} أي في العبارة الثانية {على كون النصف الآخر للعامل}.

هذا {وأنت خبير بأن المفهوم من العبارة عرفاً كون النصف الآخر للعامل} فلذا لا وجه للفرق بين العبارتين، ولا للقول ببطلان الثانية، ولذا جعل الصحة في الجواهر واضحاً.

نعم، إن قال المالك: إنه لم يرد المفهوم في الثانية، وإنما أراد المنطوق فقط، حيث سكت عن النصف الثاني، كان مقتضى القاعدة البطلان، بل هو كذلك في العبارة الأولى أيضاً، إذ قد تقدم لزوم أن يكون للعامل حصة وللمالك حصة.

(مسألة ٢٦): لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، في الصحة والاشتراك في الربح بالمناصفة، وربما يقال بالبطلان في الثاني، بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك. وقد يربح النصف فيختص به أحدهما

(مسألة ٢٦): {لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، في الصحة} لوضوح مقدار الربح الذي لكل مهنما في العبارتين.

{والاشتراك في الربح بالمناصفة} حسب العقد المقرر بينهما، وهذا هو الذي اختاره الشرائع والقواعد، بل في المسالك إنه المشهور.

{وربما يقال} والقائل الشيخ في أحد قوليه {بالبطلان في الثاني بدعوى} أمور:

الأول: {إن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك} مع أن مقتضى المضاربة الاشتراك في كل جزء من الربح، وفي الفرض لا اشتراك كذلك، لأن ربح أحد النصفين للعامل، وربح النصف الآخر للمالك.

أقول: إذا كانت المعاملة مضاربة عقلائية لم يكن بذلك بأس، ويشمله إطلاق دليل المضاربة، وعدم شمول بعض الأدلة له غير ضار، إذ لا دلالة لتلك الأدلة على بطلان ما عدا تلك الصورة التي اشتملت عليها تلك الأدلة، فتأمل.

الثاني: {وقد يربح النصف فيختص به أحدهما} بلا اشتراك بينهما، مع أن المضاربة يلزم أن تكون ربحها مشتركاً بينهما.

أو يربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصة معلومة، وأيضاً قد لا يعامل إلاّ في النصف، وفيه: إن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال.

الثالث: {أو يربح أكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة} فيكون ربح النصف الآخر أقل، فلا تكون النسبة معلومة مع لزوم أن تكون النسبة معلومة، و لم يذكر المصنف أقل من النصف، للتلازم بين أكثرية أحد النصفين وأقلية النصف الآخر.

الرابع: {وأيضاً قد لا يعامل إلاّ في النصف} فمقتضى المضاربة أن يكون ربح هذا النصف بينهما، لا أن يكون لأحدهما.

{وفيه} ما أشار إليه المسالك: بأن الإشارة ليست إلى نصف معين، بل إلى مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به، وتبعه المصنف وغيره بقوله: {إن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال}، نعم إذا أريد بـــ (لك نصف ربحه) النصف الخاص خارجاً لم يصح، ولعل الشيخ أراد ذلك. ولذا قال السيد ابن العم: (الظاهر بطلان المضاربة بالعبارة الثانية، إلاّ إذا أريد بها المعنى الأول) انتهى.

وعلى هذا، فصور النصف ثلاثة:

المبهم االذي يسمي بالكلي في المعين وهذا باطل.

والمعلوم خارجاً، هذا باطل.

وعلى نحو الكسر المشارع وهذا صحيح.

والفرق بين الأول والثالث هو الفرق في مسألة بيع أطنان القصب فاحترق بعضه، كما ذكره الشيخ (رحمه الله) في المكاسب، ولذا يشكل على الجواهر وغيره في تخصيصهم الصورة الباطلة بما إذا عين النصف المضاف إليه ربح العامل، إذ قد عرفت بطلان صورتين، لا صورة واحدة.

(مسألة ٢٧): يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواءً.

(مسألة ٢٧): {يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين} وذلك لإطلاق الأدلة، وقد صرح غير واحد بالوحدة والتعدد في كل من المالك والعامل، وعليه فالصور ثمان:

لأن المالك إما واحد أو متعدد، وعلى كل فالعامل إما واحد أو متعدد، وعلى كل فالمال إما مع التميز أو بلا تميز.

ومنه يعلم صحة أن يأخذ البنك المال من جماعة ويجعلها في التجارة ويعطي الربح لهم بالنسبة حسب الحصص، لكن لا يخفى أنا ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) أن البنك لا حق له في أخذ أكثر من جهده الفكري والعملي، بل اللازم تقسيم الأرباح بدون أن يكون هناك إجحاف.

{فلو قال: ضاربتكما ولكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواء} لكل نصف النصف، إذا كان العرف يرى ذلك، بأن كان كمّ العمل وكيفه متساوياً، أما إذا لم ير العرف ذلك تبعاً لاختلاف كمّ العمل وكيفه، كان اللازم التقسيم بالعدل لا بالاستواء.

وبما ذكرناه يظهر أن المراد بالشركة في عمل المضاربة عمل كل منهما في جميع المال منضماً أو مستقلاً، لكن كلما عمل أحدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً، فلا يقال: لا وجه لاشتراك غير العامل في ربح العامل، فإن المتعارف

ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً، وإن كانا في العمل سواءً، فإن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به

أن المالك يعطي مقداراً من النقد لاثنين ليفتحا دكاناً، ويشتركا في البيع والشراء وما أشبه، وأخير السنة يحسب المال، فكلما كان ربح يكون بين الثلاثة حسب نسبة مجعولة، ويكفي في صحة ذاك الصدق والسيرة، فيشمله إطلاق أدلة المضاربة، وكذلك العكس، حيث يعطي نفران رأس المال لإنسان واحد سواء جمعهما واشترى بها البضائع، أو اشتري بهذا المال شيئاً وبالمال الآخر شيئاً آخر.

ومنه يعلم أنه لا وجه لتأمل بعض المعلقين فيما كان المقصود جواز العمل لكل منهما في جميع المال منضماً أو مستقلاً، لكن كلما عمل أحدهما يكون الآخر في ربحه شريكاً.

{ولو فضل أحدهما على الآخر صح أيضاً} وفي المسالك إنه صحيح عندنا، لكن يجب أن يقيد ذلك بما قدم من عدم الإجحاف، لما عرفت من وجهه.

{وإن كانا في العمل سواءً} لأجل تفاوتهما في الذكاء أو ما أشبه مما يوجب التفاوت في المعاملة.

{فإن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به} إذا لم يكن إجحافاً، وإلا كان به بأس، حيث إن الشارع منع عنه، إلاّ إذا أقدم نفس العامل بدون كره شخصي أو كره أجوائي، فإن له الحق في ذلك

ويكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين.

حيث يدل عليه تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم[1].

ولا يخفى أنه ربما لا يكون إجحافاً، وإن كان العمل متساوياً من جميع الجهات، إذا كانت الزيادة للطرف الآخر العامل معه تفضلاً، كما إذا كانت أجرة العامل ديناراً في كل يوم، وكان ربحه من المضاربة ديناراً ونصفاً حسب المقرر، بينما ربح العامل الآخر دينارين، حسب المقرر من التفاوت بينهما، فإنه لا إجحاف في حقه، وإنما تفضل على الآخر.

{ويكون العقد الواحد} بين المالك والعاملين {بمنزلة عقدين مع اثنين} فكما يجوز جعل الربح متفاوتاً في عقدين يجوز جعله متفاوتاً في عقد، لكن لا يخفى أن العقدين أيضاً كذلك، أي لا يجوز الإجحاف في أحدهما، لإطلاق دليل المنع عن الإجحاف، والله العالم.

هذا ولكن قد يكون هناك عقد واحد، وقد يكون عقدان في صورة عقد واحد، أي قد يلفظ الإنسان لفظ عقد ويقصد عقدين، مثله ما لو تزوج زوجتين بلفظ زوجتكما، أو طلقهما بلفظ طلقتكما، حيث إنهما نكاحان وطلاقان وإن جيء بلفظ واحد، وقد يقصد عقداً واحداً، كما إذا باع داره وبستانه صفقة واحدة، وتظهر الثمرة في مثل خيار تبعض الصفقة وخيار العيب وما أشبه، فإن الدار إذا كانت معيبة أو كان بعضهما للغير، فإن المشتري له حق رد إذا كان عقداً واحداً، وليس له رد البستان إذا كان عقدين في صورة عقد واحد.

---

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف، وقارض الآخرفي النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه، وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل، بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً

أما كيف يكون عقدين أو عقداً، فهو بدليل كون العقود تتبع القصود، بالإضافة إلى أنه أمر عقلائي والشارع لم يردع عنه، بل إطلاقات الأدلة تشمل كلا الأمرين.

ومنه يعلم أن الصورة ليست خاصة بما ذكره المصنف بقوله: {ويكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف وقارض الآخر في النصف الآخربربع الربح، ولا مانع منه}، وفي المسالك: إن ذلك جائز اتفاقاً.

والفرق بين كونه قراضاً واحداً أو قراضين أن أحدهما لو كان مغبوناً حق له الفسخ في قراضه فقط، ولا يحق للآخر الفسخ لأنهما قراضان، بخلاف ما إذا كان قراض واحد فإنه إذا فسخ انفسخ الكل، فيما لو كان القراض بنفسه لازماً من جهة شرط لزومه في ضمن عقد آخر.

وكذلك في حق فسخ المالك إذا ظهر غبنه في أحدهما، وكذلك إذا شرط أحدهما على الآخر شرطاً، و لم يف الطرف بالشرط، إلى غير ذلك.

{وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل، بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون في حصة أحدهما بالنصف، وفي حصة الآخر بالثلث أو الربع مثلاً}

وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال، بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحداً مع الإذن في الخلط مع التساوي في حصة العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخر بالثلث أو الربع.

والكلام في عدم الإجحاف وفي كونه عقداً واحداً أو عقدين في لفظ عقد واحد، كما سبق في عكسه.

{وكذا يجوز مع عدم اشتراك المال، بأن يكون مال كل منهما ممتازاً، وقارضا واحداً مع الإذن في الخلط} بل وبدونه أيضاً، كما إذا كان لكل ألف وجعلا في دكانين وأخذ يعمل هذا في هذا الدكان مرة وفي الدكان الثاني مرة، وهكذا العامل الثاني، والحاصل يجعلانه في البنك، إذ لا دليل على لزوم الخلط.

{مع التساوي في حصة العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، وفي مال الآخربالثلث أو الربع} إلى غير ذلك من الصور المتصورة.

(مسألة ٢٨): إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا واحداً واشترطا له نصف الربح وتفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه

(مسألة ٢٨): {إذا كان مال مشتركاً بين اثنين فقارضا} عاملاً {واحداً، أو اشترطا له نصف الربح وتفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال} كما إذا كان المال المشترك بينهما ألفاً لكل خمسمائة وأعطياه لزيد ليسترىح، والربح يقسم نصفه للعامل ولأحدهما ثلث النصف، وللآخر ثلثاه، فمن الربح ثلاثة للعامل ولأحدهما واحد وللثاني اثنان.

{أو تساويا فيه} في الربح {مع تفاوتهما فيه} في المال المشترك، بأن كان الألف رأس المال، لأحدهما منه سبعمائة وخمسون، وللآخر مائتان وخمسون، فجعل للعامل نصف الربح، ولكل منهما نصف الباقي، أي واحد ونصف من الثلاثة.

وعليه تكون صور المسألة خمسة:

لأن رأس المال إما متساو بينهما أو مختلف.

والأول له صورتان: لأنه إما يجعل الاختلاف في الربح، أو التساوي.

والثاني له ثلاث صور: لأنهما أما يتساويان في الربح، أو يختلفان، والاختلاف إما أن يكون بكون الزائد من الربح لمن زاد رأس ماله والناقص للناقص، وإما عكسه بأن يكون الزائد للناقص والناقص للزائد.

فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة، بأن يكون كأنه اشترط على العامل في العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال فهو صحيح

{فإن كان قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة} والمراد بالقصد القصد الذي صب عليه المعاملة، وإلا فالقصد الخارج عن ذلك لا اعتبار به، إذ العقود تتبع القصود.

{بأن يكون كأنه اشترط هو العامل في العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له} وذلك {كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصته مثلاً مع تساويهما في المال، فهو صحيح} لإطلاق الأدلة، كما إذا كان لهما ألف لكل واحد خمسمائة وربح ستمائة وشرط أحدهما له ثلث ربح حصته، أي مائة من ستمائة، وشرط الآخر له ثلثي ربحه أي مائتين، فإن شارط الثلث آخذ أكثر الربح، وشارط الثلثين آخذ أقل الربح.

وبذلك يعلم أن اللازم بقاء شيء للمالك، وإلا بطلت المضاربة بالنسبة إليه، كما إذا كان الألف لمحمد وعلي، بأن كان لمحمد ثلاثة أرباعه، ولعلي ربعه، وشرطا له نصف الربح على كل نصف ما يأخذه العامل، وفرض أن الربح كان ستمائة، فإن المضاربة باطلة بالنسبة إلى علي، حيث إن ربح ربعه مائة

لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل، بل على الشريك الآخر، بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما

وخمسون وقد فرض أن العامل جعل له على كل منهما ربحاً مساوياً، فعلي على تمام ربحه، بينما على محمد ثلث ربحه، إذ محمد ربح أربعمائة وخمسون وعلي ربح مائة وخمسون.

ثم إن المصنف علل الصحة بقوله: {لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل} والظاهر أنه أراد دخول المضاربة المذكورة في إطلاق الأدلة، لا أنه أراد تعليل الصحة بذلك حتى يرد عليه إشكال المستمسك بأن التعليل أشبه بالمصادرة.

{وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريك الآخر، بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصتهما بأن لا يكون حسب شركتهما} كما إذا كان من ألف رأس المال لمحمد ثلاثة أرباعه ولعلي ربعه، وربح ألفاً، وقررا أن يكون للعامل ربع الربح أي مائتان وخمسون، على التساوي نصفه على محمد، ونصفه على علي، مع العلم أن النسبة تقتضي أن يكون على محمد مائتان، وعلى علي خمسون، فإن معنى التساوي أن محمداً صاحب الربح الأكبر أخذ من علي خمسة وسبعين، حيث كان المقرر أن يعطي مائتين فأعطى مائة وخمسة وعشرين.

فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين، بلا عمل من صاحب الزيادة، لأن المفروض كون العامل غيرهما، ولا يجوز ذلك في الشركة،

{فقد يقال فيه بالبطلان} القائل المبسوط وجامع الشرائع، وتوقف فيه في التحرير على ما حكي عنهم {لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين} أي إنه أخذ أكثر من ربحه.

{أو تساويهما} في الربح {مع التفاوت في المالين} وهذا الثاني (أو تساويهما) هو الذي ذكرنا مثاله في ربح الألف للألف، ومثال الأول (أي زيادة لأحدهما) واضح أيضاً.

{بلا عمل من صاحب الزيادة} أي الذي أخذ الأزيد {لأن المفروض كون العامل غيرهما} وهو الشخص الثالث العامل.

{ولا يجوز ذلك} أخذ الزيادة الخارجة من ربح الشريك الآخر {في الشركة} لا يخفى أن التعليل غير تام، بل اللازم أن يعلل بأنه لا يجوز جعل حصته من ربح المضاربة للأجنبي، حيث إن النقص على الشريك الآخر في المضاربة حسب الفرض، والربح يلزم أن يكون بين المالك والعامل، فإذا أخذ محمد شيئاً من ربح علي كما في المثال المتقدم، فقد جعل ربح مال علي ثلاثة أقسام: قسم لعلي، وقسم لمعامله، وقسم للأجنبي.

ثم هل جعل حصة من الربح للأجنبي في المضاربة صحيح، قولان:

الأول: عدم الصحة لقول (عليه السلام): «والربح بينهما»[1] .

والثاني: الصحة، لأن كون الربح بينهما مقتضى إطلاق العقد، لا مقتضى العقد بنفسه، وليس مخالفاً للكتاب والسنة.

وعليه فالظاهر أنه لا بأس بهذا الشرط، ولذا قال في المستمسك: (بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدها إلى الشريك الثاني لا غير إذا كان لا يقبل المضاربة إلاّ بذلك، فإذا قال: لا أضارب بمالي إلاّ إذا زوجني الشريك جاريته، فحينئذ يصح للعامل الذي يريد المضاربة أن يشترط على أحد الشريكين أن يزوج جاريته شريكة الآخر كي يتمكن من المضاربة بالمال، ولا يجوز أن نقول: إن هذا الشرط قائم بين الشريكين، ولا دخل للعامل فيه) انتهى.

ومنه يعلم صحة اشتراط تعود فائدته إلى غير الأطراف الثلاثة، كما إذا قال العامل: أضاربك على أن يعطي أخوك بنته لزيد الأجنبي.

وقد ذكرنا في باب المعاملة صحة أقسام أربعة، ثالثها: أن يعطي المال للخباز ليعطي الخبز للفقير، ورابعها: أن يعطي المال للخباز ليصبغ ولد الخباز دار ولد المعطي مثلاً، فإن كل ذلك معاملات عقلائية، إن لم تصح بيعاً صحت معاملةً يشملها ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونحوه.

{و} على هذا فقد ظهر أن {الأقوى الصحة لمنع عدم جواز الزيادة لأحد

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربة ح١.

الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط، ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة وإن كانت متضمنة للشركة.

الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه} وكما يكون كذلك في الشركة يكون كذلك في المضاربة.

{فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط} في كلا البابين، لإطلاق أدلة الوفاء بالشرط[1] بعد أن لم يكن مثل هذا الشرط منافياً للكتاب والسنة، ولا لمقتضى العقد، وإن كان منافياً لإطلاقه، كما هو شأن كل شرط.

{ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركة} أو مقتضى المضاربة {بل هو خلاف مقتضى إطلاقها} وذلك مما لا بأس به.

أما قوله: {مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركة والمضاربة} بجواز مثل هذا الشرط في المضاربة وإن لم يجز ذلك في الشركة، إذ لا تلازم بين أحكام الشركة وأحكام المضاربة، إذ في الشركة يتبع الربح للمال وليس هنا كذلك، إذ الربح تابع للمال وللعمل.

{وإن كانت متضمنة للشركة} فيرد عليه أنه لا وجه للفرق بعد أنه بدون

(١) الوسائل: ج١٥ ص٤٩ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح٢، والكافي: ج٥ ص٤٠٤.

الشرط لا حق في ذلك، ومع الشرط لا بأس في كليهما، حيث إن الشرط خلاف الإطلاق لا خلاف مقتضى العقد أو الكتاب والسنة.

ومما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام جملة من المعلقين، حيث أشكلوا على الشرط في كلا العقدين، أو قالوا بالفرق بين الشركة والمضاربة.

(مسألة ٢٩): تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك، أما الأول فلاختصاص الإذن به، وأما الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد

(مسألة ٢٩): {تبطل المضاربة بموت كل من العامل والمالك} كما هو المشهور بينهم، المنقول عن المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحه والإرشاد وشروحه والتبصرة وغيرها، فإن ذلك عندهم حكم العقود الجائزة والتي منها المضاربة بالإجماع المتقدم نقله، بل لم أجد أحداً خالف ذلك في المقام.

وقال في مفتاح الكرامة: معللين بأنها وكالة في المعنى، ولولا ما يظهر منهم من عدم الخلاف لأمكن المناقشة، إذ لا تلازم بين جواز العقد وبين بطلانه بالموت.

{أما الأول: فلاختصاص الإذن به} فيكون الوارث كسائر الناس لا يجوز أن يتصرف بغير إذن المالك وليس ذلك من الحقوق حتى يكون موروثاً للوارث، كذا في المستمسك.

لكن لا يخفى أن هذا الدليل غير تام، لأنه إن لم يثبت بطلان المضاربة العقدية لا يكفي هذا دليلاً على بطلانها، فهو من قبيل أن يقال ببطلان البيع بموت المشتري لاختصاص كونه طرف البائع، إذ المفروض أن المضاربة عقد لا مجرد إذن، والإذن ليس مضاربة ولا جزءاً منها ولا ملازماً لها بحيث إذا فقد الإذن فقد لازمه، هذا بالإضافة إلى أن فقد الإذن أول الكلام، حيث يمكن أن يقول المالك: أنت وأولادك مأذونون في المعاملة المضاربية، فتأمل.

{وأما الثاني: فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد

بشرائطه فإن كان المال نقداً صح، وإن كان عروضاً فلا، وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته، قد يقال بعدم الجواز.

بشرائطه} بأن يعقد الوارث مع العامل عقداً جديداً، سواء بشرائط المورث أو غيرها.

ومما تقدم يعلم ضعف هذا الوجه أيضاً، إذ المضاربة عقد، وانتقال المال إلى الوارث لا يكفي دليلاً على إبطال العقد، والعمدة ما تقدم من عدم الخلاف في بطلان المضاربة بموت أحدهما.

ثم لو كان المالك اثنين فمات أحدهما بطل في حصته، وإن كان العامل متعدداً فمات أحدهما فمقتضى القاعدة أنه إذا كان العامل مجعولاً على نحو المشاركة بطلب بقدر الميت نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما.

وإن كان مجعولاً بنحو البدلية، على أسلوب الواجب الكفائي، أي إن الجامع بينهما عامل، لم تبطل إذ العامل الكلي بينهما الذي هو طرف المالك لم يفقد بفقد أحدهما.

{فإن كان المال نقداً} حين موت أحدهما {صح} العقد الجديد بين الوارث وطرف المضاربة الذي لم يمت {وإن كان عروضاً فلا} على المشهور، حيث إن العروض لا يصح جعله مال المضاربة عندهم، لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين.

لكنك عرفت صحته فلا بأس بالعقد الجديد معه.

{وهل يجوز لوارث المالك إجازة العقد} السابق {بعد موته} فلا يكون عقداً جديداً محتاجاً إلى كون المال نقداً {قد يقال بعدم الجواز} واستظهره

لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ليكون واقعاً على ماله أو متعلق حقه، وهذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدة حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة،

المستمسك من الشرائع حيث قال: (ولو مات رب المال والمال متاع فأقره الوارث لم يصح، لأن الأول بطل، ولا يصح ابتداءً القراض بالعروض) انتهى.

لكن الظاهر أن المراد بعبارة الشرائع هو الذي ذكره القواعد أيضاً، حيث قال: (ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد).

وقال في مفتاح الكرامة: (المراد من تقريره إنشاؤه وتجديده) إلى آخر كلامه.

{لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه} الآتية، وإذا لم تكن علقة لم يكن مجال للإجازة، إذ الإجازة محلها أن يكون للمجيز ولاية على العقد، وإلا فأي ربط بين المجيز وبين العقد، فيكون حال الإجازة حال إجازة زيد بيع عمرو لبكر بدون ارتباط بينه وبين المالين أصلاً.

{ليكون} الإذن الإجازة {واقعاً على ماله أو متعلق حقه} فعمل وارث المالك مضاربة جديدة لا إجازة لمضاربة المالك الميت حتى تكون المضاربة استمراراً لا ابتداءً.

{وهذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقت أزيد من مدة حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازة} للعقد السابق، إذ البطن السابق لا حق له بالنسبة إلى

لأن له حقاً بحسب جعل الواقف، وأما في المقام فليس للوارث حق حال حياة المورث أصلاً، وإنما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية

زمن البطن اللاحق، فإجارته بالنسبة إلى هذا الزمن فضولي، فللبطن اللاحق الإجارة أو الرفض.

{لأن له حقاً} أي كل الحق {بحسب جعل الواقف} فلا يشبه وارث المالك البطن اللاحق.

{وأما في المقام فليس للوارث حق حال الحياة المورث أصلاً، وإنما ينتقل المال إليه حال موته}، بل وكذلك الأمر إذا كان للوارث حق في المال، كما إذا وهب الابن والده دنانير وشرط في الهبة أن يكون للولد حق الإشراف على المال عيناً وبدلاً، فضارب الوالد في المال ومات، بحيث انتقل المال إلى نفس الوارث الواهب، فإن الحق لما انقطع بموت الوالد لم يكن للولد الإجازة للمضاربة، إذ الاجازة بالنسبة إلى المضاربة حال حياة الوالد لا كلام فيها، لفرض أنه أجازها لتلك الحال، والإجازة بعد موت المالك لا مورد لها، لأن الحق سقط، وتبدل الأمر إلى مالكية الوارث.

ومثل الشرط في الهبة الشرط في كل مال انتقل من الوارث إلى المورث، أو كان للمورث وجعل حق للشارط فيه.

{وبخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصية} لما حقق في كتاب الوصية من أن المورث لا حق له في الوصية أكثر من الثلث[1]، فإذا أوصى

(١) انظر الوسائل: ج١٣ ص٣٦٤ الباب ١٩ من أبواب أحكام الوصايا ح١، ٢، ٣، ٤.

وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإن له حقاً فيما زاد، فلذا يصح إجازته، ونظير المقام إجارة الشخص ماله مدة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال:

بالأكثر كان ذلك متوقفاً على إجازة الوارث.

{وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه} فإن جمعاً من الفقهاء أفتوا بتوقف ما زاد من الثلث في منجزات المريض على إجازة الورثة.

{فإن له} أي للوارث {حقاً فيما زاد} حيث إن الشارع قال بتوقف ما زاد، على إجازة الورثة على هذا القول، {فلذا يصح إجازته} لأن الإجازة تصح في التصرف في ملك الغير، أو في متعلق حقه، والأمثلة المذكورة كلها متعلق الحق فيصح للغير صاحب الحق الإجازة.

{و} أما المقام فليس كذلك، إذ {نظير المقام إجارة الشخص ماله مدة} أطول من حياته بحيث {مات في أثنائها} كما لو آجر داره سنة، وقد مات بعد ستة أشهر من الإجارة {على القول بالبطلان} للإجارة {بموته}، لأن حقه فيه ما دام حياً، فإذا مات فقد انتقل الحق إلى الوارث.

{فإنه لا يجوز للوارث إجازتها} أي إجازة الإجارة، وإنما لا يجوز لأنه قبل الموت لا حق للوارث، وبعد الموت لا إجارة لأنها تبطل، فأي شيء يجيزه الوارث، كما ذكرنا نحو ذلك في المضاربة.

{لكن يمكن أن يقال} لتوجيه صحة إجازة الوارث للمضاربة: إنه ليس موضع

يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقة به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث، لا قبوله ولا تنفيذه، فإن الإجازة أقسام: قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حق

الإجازة هو ملك الغير أو حقه الفعلي، بل هناك شيء ثالث هو موضع الإجازة فـــ {يكفي في صحة الإجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له} أي للمال {علقة به حال العقد، فكونه} أي المال {سيصير له} بعد موت المالك {كاف} في صحة إجازة الوارث لما عقده المورث من المضاربة، وذلك لأن الإجازة أمر عقلائي، وكلما كان العقلاء يرونها لابد وأن نقول بصحتها حيث لم يمنع الشارع عنها، فإن ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونحوه يشملها، فإنها تجعل العقد عقد الوارث، وهكذا بالنسبة إلى سائر الإطلاقات.

{ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث} فهو إبقاء لا ابتداء حتى يقال المضاربة لا تصح إلاّ بالنقدين ولا نقدان في المقام.

{لا قبوله} كما في إجازة المالك لعقد الفضولي.

{ولا تنفيذه} كما في إجازة ذي الحق العقد الذي أجري على حقه، بل الإجازة هنا قسم ثالث.

{فإن الإجازة أقسام} فـــ {قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولاً} وفي إجازة عقدها الغير فضولاً، إلى غير ذلك من الامثلة.

{وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حق} هذا المجيز في الشيء الذي وقع عليه

كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاءً لما فعله المالك كما في المقام.

العقد {كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، وإجازة الوارث لما زاد عن الثلث} مع فرق بينهما، حيث إن المرتهن تعلق حقه فعلاً بالعين، بخلاف ما زاد عن الثلث، حيث إن المال للمورث حال حياته، لقاعدة السلطنة وغيرها، وإنما جعل الشارع صرف ما زاد متوقفاً على إجازة الوارث حال حياة المورث أو بعد مماته.

{وقد تكون} الإجازة {إبقاءً لما فعله المالك كما في المقام} وبما تقدم في وجه صحة مثل هذه الإجازة ظهر الإشكال فيما ذكره المستمسك بقوله: (إن أريد إجازة العقد بلحاظ الحدوث، كما في إجازة الفضولي، فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهة كي يحتاج إلى الإجازة، والإجازة صادرة ممن لا تعلق له بالعقد، وإن أريد إجازته بلحاظ البقاء، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز، ولا مما يقبل الجعل، وفي المقام متعذر لفرض البطلان، كما ذكر في الشرائع، وإن أريد من الإبقاء التجديد اختص ذلك بما إذا كان المال نقداً، ولا يصح إذا كان عروضاً، كما ذكر أيضاً في الشرائع)

إلى أن قال: (والتحقيق أن المالك ركن في عقد المضاربة كالعامل، فإذا مات أحدهما بطل العقد ضرورة، كما في موت أحد الزوجين، فلا يمكن جعل إبقائه أبداً، كما ذكر المحقق (رحمه الله) فلا يمكن إبقاء العقد، لا بالإجازة ولا بالإبقاء) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنا نريد الإجازة بلحاظ البقاء، وقوله: (والبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا مما يقبل الجعل) يرد عليه أن البقاء مقصود للمجيز فما

فعله المورث قابل للبقاء عرفاً، فإذا أجازه الوارث بقي، وإلا لم يبق، أما أنه قابل للبقاء فللعرف الذي هو المعيار في المعاملات، ولم يرد الشارع العرف في ذلك، بل إطلاق ﴿أوفوا﴾[1] ونحوه يجعله عنده إذا أجازه.

كما يرد عليه أن قوله: (ولا مما يقبل الجعل) محل إشكال، إذ ذلك من الأمور العرفية لا العقلية حتى تأتي فيه الاستحالة، وفرض البطلان مع فرض إجازة المالك مصادرة، فإن البطلان إنما هو عند من لا يرى الإجازة لا عند من يراها، فكيف يستدل بالبطلان عند من لا يرى البطلان، إلاّ إذا لم يجزه الوارث.

وثانياً: إن قوله: (ليس مقصوداً للمجيز) فيه: إن البقاء مقصود للمجيز، لما عرفت من أن المورث فعل شيئاً قابلاً للبقاء عرفاً، فمقصود المجيز البقاء.

وثالثاً: كون المالك كالزوج غير تام، فمن أين هذا التشبيه، بل العرف الذي هو المعيار في المعاملات يرى أن الركنين في المضاربة المال والعمل، مثل رؤيته ذلك في البيع وغيره، حيث إن الركنين البدل والمبدل، وذلك بخلاف الزوجين، فهما المقصود بالقضايا الجنسية، وعليه فقول المصنف أقرب.

ومنه يظهر وجه النظر في كلام جملة من المعلقين الذين لم يرتضوا كلام المصنف، وأن مقتضى القاعدة مع الذين سكتوا عليه.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(مسألة ٣٠): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله، أو يستأجر أجيراً إلاّ بإذن المالك، نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف، وأما الإيكال إلى الغير وكالة أو استيجاراً في أصل التجارة

(المسألة ٣٠): اللازم في المضاربة اتباع المنصرف منها، فإنه المقصود لهما، والعقود تتبع القصود، لأنه إذا لم يكن قصد لم يصدق (عقودكم)، وعليه فإذا كان المنصرف الإطلاق بالنسبة إلى أخذ العامل الوكيل في العمل أو المقدمات جاز له ذلك، وإذا كان المنصرف عدم أخذ الوكيل لم يجز له ذلك.

ومنه يعلم أن قول المصنف {لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلاً في عمله، أو يستأجر أجيراً إلاّ بإذن المالك} لا بد وأن يراد به ما إذا كان المنصرف مباشرة العامل بنفسه، وإلا فلا وجه له، وادعاء أنه المنصرف إلاّ ما خرج خلاف العرف، كما لا يخفى لمن راجعه.

كما أن قول المصنف: {نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدمات على ما هو المتعارف} لا بد وأن يريد به ما كان متعارفاً، فليس كل المقدمات كذلك، ولذا قال المستمسك (والحكم في الجميع وجوب أن يكون العمل بإذن المالك المستفاد من الإطلاق، أو من صريح الخطاب أو من العادة أو غير ذلك من القرائن فإذا لم تعلم لم تجز التصرف) انتهى.

ومنه يعلم حال ما إذا كان المتعارف عمل أي من العامل أو وكيله وأجيره، حيث يجوز عمله بنفسه وإيكاله إلى غيره.

{وأما الإيكال إلى الغير وكالةً أو استيجاراً في أصل التجارة} أو جعالةً أو ما

فلا يجوز من دون إذن المالك، ومعه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلاّ بإذن المالك.

أشبه {فــ} قد عرفت اتباعه للانصراف ونحوه، و{لا يجوز من دون إذن المالك} وإذا لم يكن إنصراف إلى الإجازة ثم أجاز كفى، لأن الحق لا يعدوهما ولا دليل على المنع.

وإذا كان انصراف ثم قال: سحبت إجازتي لم ينفع السحب، إلاّ أن يبطل المضاربة وينشأها من جديد، لأصالة عدم حق له في ذلك.

{ومعه لا مانع منه} كما عرفت.

ولو اختلفا في أن العقد شامل أم لا، فالمرجع الظهور العرفي في العقد.

ولو قال المالك: لم أقصد الإجازة، وإن كان الظاهر عند العرف ذلك، ففيه احتمالان، من أنه أعرف بقصده، ومن أنه مدع فعليه الإثبات، والأقرب الثاني.

ولو اختلف العرف في استفادة الظهور من العقد تساقط، والمرجع الأصل.

وقد ظهر مما تقدم الإشكال في إطلاق قوله: {كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلاّ بإذن المالك} بل اللازم إيكال الأمر إلى المتعارف الذي ينصب عليه إطلاق العقد، وقد عرفت حال الإذن بعد العقد.

(مسألة ٣١): إذا أذن في مضاربة الغير، فإما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك، أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة، وإما بجعله عاملاً لنفسه، أما الأول فلا مانع منه وتنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى، واحتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى

(مسألة ٣١): {إذا أذن} المالك {في مضاربة الغير، فإما أن يكون بجعل العامل الثاني عاملاً للمالك} كلاً {أو بجعله شريكاً معه في العمل والحصة} سواء العمل والحصة مطلقين، أو مقيدين، أو بالاختلاف، كأن يكون الثاني شريكاً في نصف العمل أو ثلثه مثلاً بقدر نسبة ما للعامل الأول أو أكثر أو أقل.

{وإما بجعله عاملاً لنفسه} من غير ربط للعامل الثاني بالمالك.

{أما الأول فلا مانع عنه} لإطلاق الأدلة الخاصة والعامة، {وتنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى} كما هو ظاهر المسالك، وقرره على ذلك عامة المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم، وذلك للتنافي بين كون كل منهما عاملاً مستقلاً، وحيث تمنع ذلك عقلاً لا يشمله الدليل الشرعي.

{واحتمال بقائها مع ذلك} كما اختاره الجواهر {لعدم المنافاة} حيث إن مثل العامل مثل الوكيل، فكما يمكن أن يكون للإنسان في ماله وكيلان مستقلان إذا عمل أحدهما لم يبق موضوع للعمل الثاني، كذلك يمكن ذلك في المقام، {كما ترى} إذ المضاربة عقد لا يمكن أن يرتبط بهذا بشخصه وبذاك بشخصه.

نعم إذا لم يلاحظ الشخص، أي كانا من قبيل أفراد الكلي، حيث إن الجامع

ويكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني وليس للأول شيء إلاّ إذا كان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فيستحق حصته ذلك الربح

هو الطرف كما تقدم هنا تصوير ذلك، فلا مانع، وحيث إنه عقلائي يشمله أدلة العقود، وأدلة المضاربة معاً، لكن هذا التصوير خلاف ظاهر كلام الجواهر، حيث استدل على الصحة بعدم ما يدل على اعتبار خلو عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني، انتهى.

وفيه: أولاً: إن الاستدلال بعدم، لا يفيد إلاّ إذا انضم إليه الإطلاق.

وثانياً: النقض بسائر العقود، فهل يصح أن يقال مثل ذلك في سائر العقود.

ثم إن المستمسك ذكر أن ذلك يمنع من تعدد العامل بالنسبة إلى العمل الواحد لا بالنسبة إلى عملين، فإذا عمل الأول وربح كان له سهم من الربح، وإذا عمل الثاني أيضاً فربح كان له سهم، كما صرح بذلك الجواهر.

أقول: هذا مع الإطلاق، أما مع قيد كون الربح كله للثاني إذا جعله عاملاً للمالك فالربح كله للثاني، وإنما يقدم عليه العامل لأنه يريد التخلص من العمل الذي قبله هكذا ببعض الملاحظات، لكن كلامهما إنما هو في الإطلاق، كما أن كلام المصنف إنما هو في فسخ المضاربة إطلاقاً بالمضاربة الثانية فلا ينافيه كلامهما.

{و} حيث انفسخت المضاربة الأولى إطلاقاً {يكون الربح مشتركاً بين المالك والعامل الثاني} كما هو مقتضى أدلة المضاربة، إذ لا شأن للعامل الأول بعد أن فسخت مضاربته {وليس للأول شيء إلاّ بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فيستحق حصته من ذلك الربح} لأن مقتضى المضاربة معه أن يستحق حصة ربحه

وظاهره أن المراد به الربح الفعلي، لكن يمكن أن يقال: إن الربح الذي يحصل في المستقبل إذا كان مبنياً على عمل هذا العامل وكان إطلاق المضاربة يشمل مثل ذلك ـــ كما ليس ببعيد عرفاً ـــ كان اللازم أن تكون له حصته من الربح.

نعم، إذا لم يكن الإطلاق يشمله بحيث كان استيفاء المالك لربح بعد ذلك، المبني على عمل هذا العمل، مع اشتراط هدر حق العمل ولو شرطاً ضمنياً، لم يكن للعامل شيء، وإلا فلو لم يشترط هدر حق العامل لم يكن وجه لعدم شيء له بعد استيفاء المالك للربح الذي عمل فيه العامل.

أما قوله: { بعد أن عمل عملاً} فاللازم أن يكون المراد به الأعم من كونه تحت سلطه العامل، إذ قد يكون ربح بدون عمل خارجي، كما إذا أخذ العامل المال من المالك وارتفع السعر عنده، فإنه ربح لا وجه لأن يقال: ليس للعامل شيء منه، وأي فرق بين أن يشتري السكر بالنقدين بعشرة فيربح عنده خمسة، حيث يكون ارتفاع سعر السكر لهما، وبين يأخذ النقدين فيرتفع سعرهما عنده.

لا يقال: الفرق أنه باشترائه السكر عمل بخلاف النقدين، فإنه لم يعمل فيهما فارتفاع سعرهما في كيس المالك.

لأنه يقال: إن الإشراف عمل، نعم إذا كان عقد المضاربة لا يشمل مثل الإشراف لم يكن وجه لاشتراك العامل، لكن الإطلاق غالباً يشمل كل هذه الأرباح، خصوصاً في مثل ما إذا كانت المضاربة على العروض، كما إذا أعطاه

وليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية، بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في الأولى كأن يكون في الأولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له

دوراً أو أجناساً للاسترباح وارتفع السعر، فقد قلنا سابقاً إن المضاربة جارية في كل ذلك، وأن اشتراط المشهور لزوم النقدين، غير ظاهر الوجه.

{وليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل} ولو عمل الإشراف {بعد المضاربة الثانية} لكن قد تقدم صحة اشتراط أن يكون للأجنبي شيء من الربح، وعليه فيصح هذا الشرط إذا كان المالك موافقاً عليه.

{بل لو جعل الحصة للعامل في المضاربة الثانية أقل مما اشترط له في} المضاربة {الأولى، كأن يكون} نصيب العامل {في الأولى بالنصف وجعله ثلثاً في الثانية لا يستحق تلك الزيادة} لأن الربح في المضاربة الثانية المبطلة للمضاربة الأولى بين المالك والعامل الثاني، فلا حق للعامل في الأول في شيء.

{بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل} كما في الجواهر {جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له} أي للعامل الأول.

بدعوى أن هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل، يكفي في جواز جعل حصة من الربح له، وفيه إنه وكالة لا مضاربة، والثاني أيضاً لا مانع منه وتكون الحصة المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما

{بدعوى أن هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربة ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصة من الربح له} حيث إن المضاربة الثانية في طول المضاربة الأولى ومن شؤونها، فأرباح الثانية بعد إخراج حصة العامل تكون من أرباح الأولى فتكون حصة منها للعامل والباقي للمالك.

وهذا هو الظاهر من الجواهر، فقول المصنف: {وفيه إنه وكالة لا مضاربة} محل نظر، نعم المعقول في القسم الأول أنه قد يكون وكالة أيضاً، ولذا قسمه المستمسك إلى ما تكون المضاربة الثانية أجنبية عن الأولى، وإلى ما تكون في طول الأولى، فالحق مع الجواهر إذا كانت في طولها لا ما إذا كانت كالوكالة.

{والثاني} أي ما جعله شريكاً معه في العمل والحصة {لا مانع منه} لإطلاق أدلة المضاربة، وأدلة العقود[1].

{وتكون الحصة المجعولة له في المضاربة الأولى مشتركة بينه وبين العامل الثاني على حسب قرارهما} فيصح أن تكون نسبة العمل والربح متساوية، كأن يكون من كل من العاملين نصف العمل، وله نصف الربح المجعول للعامل، كما تصح أن تكون النسبة مختلفة بأن كان من أحدهما نصف العمل وثلث الربح

(١) سورة المائدة: الآية ١.

وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني، ومعه يرجع إلى التشريك.

أو ثلث العمل وربع الربح أو ثلث الربح، لكن بشرط أن لا يكون إجحاف كما تقدم الكلام فيه.

وعدم الإجحاف ممكن بأن يكون العمل الأقل حجماً أكثر قيمة، لأنه عملي جسدي فكري مثلاً، أو فكري قيمته أكثر أو ما أشبه ذلك، كما إذا كان عملاً ذا وساخة، حيث إن أجره أكثر، وإن كان حجمه مساوياً أو أقل، إلى غيرها من الأمثلة.

{وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني}، وإشكال المستمسك بأن العامل في المضاربة من يكون عاملاً للمالك، والعامل لغير المالك خارج عنه، سواء كان له عمل أم لم يكن، غير ظاهر فإن العامل للمالك يتصور بأن يكون عاملاً لعامله في جهة المضاربة.

ومنه يظهر أن قول المصنف {ومعه يرجع إلى التشريك} محل نظر، إذ لو أراد التشريك طولاً فلا حاجة إلى الذكر لوضوحه، وإن أراد التشريك عرضاً ــ كما هو ظاهر كلام المصنف بإرجاع هذا القسم الثالث إلى القسم الثاني ــ ففيه إنه ليس من التشريك في شيء، إذ التشريك كونهما في عرض واحد بالنسبة إلى المالك، بينما هذا القسم الثالث العامل الثاني في طول العامل الأول.

(مسألة ٣٢): إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الإذن السابق في الصور المتقدمة، فيلحق كلاً حكمه

(مسألة ٣٢): {إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك} بأن لم يشمل العقد ذلك، ولا أذن له خارج العقد {فإن أجاز المالك ذلك كما في الإذن السابق في الصور المتقدمة} لأن الإجازة اللاحقة حالها حال الإذن السابق، لما دل على صحة المعاملة الفضولية المستتبعة للإذن.

{فيلحق كلاً حكمه} حسب ما تقدم في المسألة السابقة من الأحكام للأقسام الثلاثة أو الأربعة.

نعم لابد من التنبه إلى أن الإذن قد يكون قبل الشروع في العمل، وقد يكون بعده، وإذا كان بعده فإن كان إذناً للمضاربة الثانية من حين المضاربة، كان العامل في المضاربة الثانية عاملاً من حين عقد المضاربة معه، أما إذا أذن من وقت متأخر، كما إذا ضارب العامل العامل الثاني من يوم الجمعة فأجازه المالك من يوم السبت، كان حال يوم الجمعة حال ما سيأتي من عدم الإجازة.

وعليه فالإذن قد يكون، وقد لا يكون، وإذا كان فقد يكون من الأول، وقد يكون مما بعد الأول.

لا يقال: إما أن يأذن في المضاربة الثانية أو لا يأذن، ولا يمكن التبعيض، لأن العقد الواحد لا يتبعض.

لأنه يقال: لا مانع من تبعض العقد، ولذا يصح العقد مع تبعض الصفقة ونحوه.

ومنه يعلم أنه يصح إذن المالك مع كل زيادة ونقيصة، من غير جهة تبعيض الزمان أيضاً، كما إذا ضارب العامل العامل الثاني مطلقاً، فشرط المالك عليه في إذنه له بأن لا يسافر، أو أن يشتري بضاعة كذا أيضاً في ضمن معاملاته، فشرط المالك عليه أن لا يشتري أو ما أشبه ذلك.

{وإن لم يجز بطلت المضاربة الثانية} لأنه لا يصح التصرف في مال المالك بدون إذنه سابقاً، ولا إجازته لاحقاً، فالمضاربة الثانية فضولية لم تؤيدها الإجازة.

{فإن كان العامل الثاني} لم يعمل ولم يحصل الربح فلا شيء إلاّ إذا كان مغروراً وقد فوتته المضاربة شيئاً، كما إذا لم يكن يعرف أن مضاربة العامل للمالك، ولما ضاربه ترك عملاً آخر لأجل مضاربة العامل مما عاد تركه عملاً آخر بالضرر عليه، فإن حال المقام حال ما إذا حبس الحر عن عمله، حيث رجحنا هناك ــ تبعاً لجماعة من الفقهاء ــ الضمان، إذ لا فرق بين حبسه خارجاً وإيهامه الحبس مما يجعله مغروراً يشمله دليل «المغرور يرجع إلى من غر».

وإن كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح المالي وجعل الربح المستقبلي، كما صورناه في المسألة السابقة، كان حاله حال الفرع الذي يذكره المصنف، أي عمل وحصل الربح، إذ لا فرق في الاستحقاق بين الربح الحالي والربح المستقبلي، حيث إن كلا الربحين ربح عمل العامل.

وإن كان العامل الثاني عمل ولم يحصل الربح إطلاقاً، لا حالاً ولا مستقبلاً، لم يكن للعامل شيء، لأنه دخل على هدر عمله إذا لم يربح، فيشمله دليل «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

عمل وحصل الربح فما قرر للمالك في المضاربة الأولى فله، وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين، وجوه

بفاسده».

وإن كان العامل الثاني {عمل وحصل الربح} وقد أجاز شراء العامل الثاني ـــ الذي وقع فضولياً ـــ وإن لم يجز مضاربة العامل الأول للعامل الثاني، لوضوح أنه لا تلازم بين الإجازتين، بل مع إجازة المضاربة لا مجال لإجازة ورفض المعاملة.

{فما قرر للمالك في المضاربة الأولى فله} لأن الربح تابع للمال وللعمل، كما عرفت سابقاً، فلا وجه لأن لا يكون بعض الربح للمالك.

نعم إذا كان جعل القدر الخاص له إجحافاً كان اللازم أن يقال: إن مقدار حقه له، لا الزائد عليه الذي أجحف فيه، ويكون حال الزائد حال ما قرر للعامل من الحصة مما يأتي حاله.

{وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين، وجوه}:

وجه الأول: إن الربح تابع للمال، وحيث بطلت المضاربة لم يكن شيء من الربح لغير المالك، كما يأتي تفصيله في كلام المصنف.

ووجه الثاني: إن المقرر كون بعض الربح له وقد ربح، فاللازم إعطاء ما قرر له.

ووجه الثالث: إن العامل الأول يستحق بعضه بقدر عمله، حيث قد تقدم أن إعطاءه المضاربة للثاني نوع من العمل، وأن العامل الثاني يستحق بعضه لأنه عمل، والربح تابع للعمل.

أقواها الأول، لأن المفروض بطلان المضاربة الثانية، فلا يستحق العامل الثاني شيئاً، وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على

{أقواها} عند المصنف {الأول}.

قال في الشرائع في مسألة ما إذا قارض العامل غيره: (فإن كان بإذنه وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك صح، ولو شرط لنفسه لم يصح، لأنه لا عمل له، وإن كان بغير إذنه لم يصح القراض، فإن ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول، وعليه أجرة الثاني، وقيل للمالك أيضاً، لأن الأول لم يعمل، وقيل للعاملين ويرجع الثاني على الأول بنصف الأجرة، والأول حسن) انتهى.

وهل هذه الأقوال لأصحابنا كما هو ظاهر المحقق، أو للعامة كما نص عليه المسالك بأنها وجوه للشافعية، احتمالان، وإن لم يكن يهم تنقيح ذلك.

وكيف كان، فقد استدل المصنف لما اختاره بقوله: {لأن المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحق العامل الثاني شيئاً} لأن الاستحقاق كان بسبب المضاربة، فإذا لم تكن مضاربة لم يكن استحقاق.

{وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز} المالك {تلك المعاملات الواقعة على ماله}.

لكن ربما يرد على ذلك أن العامل سبب إنماء المال، فيكون شريكاً قهرياً مع المالك، وتكون حصته حسب جهده الفكري والجسدي، فيكون حاله حال ما إذا صبغ ثوب زيد بدون رضاه إذا صار ذلك سبباً لزيادة القيمة، فإن المشهور وإن ذهبوا إلى عدم

شيء للغاصب إذا لم تزد العين، لكن دليلهم غير تام، فقد استدل له في المسالك في كتاب الغصب بأنه متعد، وذلك عند قول المحقق: (إذا زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب، فإن كانت أثراً كتعليم الصنعة وخياطه الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده ولا شيء له)، قال المسالك: (لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديه).

وقال في الجواهر مستدلاً لكلام المحقق الآنف: (لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك).

ولا يخفى ما في التعليلين المذكورين، إذ لا دلالة على إسقاط التعدي لحق الغاصب، كما لا دلالة على سقوط الاحترام بعد شمول «لا يتوى حق امرئ مسلم» ونحوه له، وجعل تلك الصفات من توابع مال المالك مصادرة.

ويؤيد ما ذكرناه كون الزرع للزارع الغاصب، كما ورد بذلك النص والفتوى، مع أن الزرع ليس عين مال الغاصب بل نماءه، وأي فرق بين نماء ماله ونماء عمله، والإشكال في شمول «لا يتوى» للمقام لأن كونه حقه أول الكلام، غير وارد، إذ الحق أمر عرفي، والعرف يرى أنه حقه، فلو زعم غير المالك أن الأرض وأدوات البناء له، فجعلها داراً ضاعفت قيمتها، يرى العرف أن الزيادة حق الباني.

ولعله لما ذكرناه علل التذكرة استحقاق العامل الثاني أجرة عمله على المالك، بأن نفع عمله عاد إلى المالك، لكن مقتضى ذلك أن يكون له كل نفع العمل، لا الأجرة فقط، ورد المستمسك للعلامة بأن ذلك ليس من أسباب الضمان غير تام، إذ لما كان حاصل عمل العامل يعد

حقاً له كان استيلاء المالك عليه موجباً للضمان، لدليل «لا يتوى» وغيره.

وكيف كان، فمقتضى القاعدة كون كل الزيادة للعامل في ما إذا كانت كل الزيادة مستندة إليه، أما إذا كانت مستندة إليهما كما في مصراعي الباب فالزيادة لهما.

{ويستحقق العامل الثاني أجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله} والمغرور يرجع إلى من غر، لكن اللازم القول بأنه يستحق أقل الأمرين من الحصة والأجرة، لأنه على تقدير أقلية الربح فقد دخل على أن له ذلك، وبذلك قد أهدر قدر زيادة الأجرة على الصحة، اللهم إلاّ أن يقال: إن اهداره كان مقيداً بصحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة رجع إلى القاعدة الأولية.

ومن ذلك يظهر حال ما إذا لم يربح شيئاً، فإنه إن قلنا إن البطلان يوجب أجرة المثل كان له أجرة المثل، إذ لما بطلت المضاربة كان المرجع القاعدة الأولية، وإن قلنا إن البطلان يوجب أقل الأمرين، {حيث إنه أهدر قدر زيادة الأجرة} كان اللازم عدم استحقاقه شيئاً، لأنه دخل على أنه إذا لم يربح فلا شيء له.

ثم إن المصنف قيد أجرته بقوله: {مع جهله بالبطلان}.

وقال جامع المقاصد: لا شك أنه إذا كان عالماً لا يستحق أجرة، وأشكل

وقيل: على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له وقصد العامل في عمله العامل الأول فيمكن أن يقال: إن

عليه المستمسك بأن الاختصاص بصورة الجهل يتوقف على كون الضمان بالغرور.

أما إذا كان الضمان بالاستيفاء، وأن من استوفى عمل غيره كان ضامناً له وإن كان عالماً بالبطلان، فالرجوع إلى العامل بأجرة المثل يكون في صورتي الجهل والعلم.

ويرد عليه أولاً: إن المستوفي المالك، لأن الربح دخل في كيسه لا كيس العامل الأول.

وثانيا: إن الاستيفاء كان بقدر الحصة العادلة لا بقدر الأجرة، فاللازم إعطاؤه الحصة العادلة، إذ الربح تابع للمال وللعمل، ولكل منهما قدر خاص من الربح، فلا وجه للأجرة، سواء زادت عن الحصة أو نقصت أو ساوت.

{و} منه يعلم صحة ما {قيل} من أن العامل يستحق {على المالك} لأنه المستوفي.

{و} قول المصنف {لا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له في العمل} قد عرفت الإشكال فيه، وأن في الربح حق العامل حتى مع علمه وعمده، فعدم كون حقه له خلاف القاعدة.

{وأما إذا ضاربه} ضارب العامل الأول العامل الثاني {على أن يكون عاملاً له} لا للمالك {وقصد العامل} الثاني {في عمله العامل الأول، فيمكن أن يقال: إن

الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع، وذلك بدعوى أن المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح

الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق في الشرائع} لكن فيه ماذكره السيد البروجردي: (من أن ظاهر المحقق عدم التفرقة بين أن يضاربه للمالك أو لنفسه، نعم دليله لا يتم إلاّ في الثاني) انتهى.

{وذلك بدعوى أن المضاربة الأولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، والمفروض أن العامل} الثاني {قصد العمل للعامل الأول فيكون} العامل الأول {كأنه هو العامل فيستحق الربح}.

وإنما قيده بقوله: (إن العامل قصد العمل للعامل الأول) لأن استرباح العامل الثاني على ثلاثة أقسام: لأنه إما أن يقصد ذلك، أو يقصد التبرع بالعمل، أو لا يقصد شيئاً.

فإن قصد التبرع بالعمل لا حق له بعد أن أهدر عمل نفسه، فهو كالإبراء في الدين والإعراض في المال.

وإن لم يقصد لا الأجرة ولا التبرع، فالظاهر أنه كقصد الأجرة، لأنه لم يهدر احترام علمه، فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، إذ عمل الإنسان لنفسه إلاّ إذا أهدره، فإذا لم يهدره لم يكن وجه لهدره.

ومنه يعلم أن الأولى أن يقول: لأن العامل لم يقصد التبرع بالعمل.

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

ومما تقدم علم حال ما إذا قصد العامل في باب المضاربة التبرع أو لم يقصد شيئاً، حيث إنه بقصد التبرع يسقط حق نفسه فلا شيء له على المالك، أما إذا لم يقصد تبرعاً ولا حصة كانت له حصته، لأنه لم يهدر عمله.

{و} كيف كان فـــ {عليه} أي العامل الأول {أجرة عمل العامل} الثاني، أو أقل الأمرين من أجرة المثل والحصة المسماة، وقد تقدم وجه احتمال أقل الأمرين، وإنما عليه الأجرة لأن عمله محترم وقد استوفاه العامل الأول، فيشمله دليل: «لا يتوى حق امرئ مسلم» وغيره.

ولكن له الأجرة {إذا كان جاهلاً بالبطلان} لما تقدم من أنه إذا كان عالماً فقد أهدر عمله، كما تقدم أنه إذا لم يكن ربح لم يكن له حق، لأنه دخل على أنه إذا لم يكن ربح فلا شيء له.

هذا ولكن سبق أن قلنا: بأن له الأجرة بنسبة عمله، وإن كان عالماً بالبطلان، لأن الربح وليد رأس المال والعمل معاً، فلا وجه لاختصاص أحدهما ـــ أي رأس المال ـــ بكل الربح.

وكذلك في كل ربح حصل ولو بدون إذن المالك، بل نصه بعدم رضاه كما إذا كان كل من الخل والعسل قيمته درهم وكان الخل لزيد، فخلطه بعسل عمرو مع نص مالك الخل بعدم رضاه، فزادت قيمتها الامتزاجية إلى ثلاثة دراهم، فإن الدرهم الثالث لهما، ولا وجه لاختصاصه بأحدهما إلا توهم

أنه تابع لرأس المال فهو لصاحب الخل، مما قد عرفت رده، وإلا توهم أنه حصل من عمل صاحب العسل فهو له.

وفيه: إنه ربحهما لا ربح العمل، إذ العمل ليس له هذا القدر من الربح، وكما إذا صنع مصراع باب لمصراع زيد وباعهما فضولي بثلاثة، بينما كانت قيمة كل مصراع درهماً، أو صبغ ثوبه بما بقيت عينه عندهم، فصارت القيمة ثلاثة بينما قيمة كل من الثوب والصبغ واحد ولا قيمة للتصبيغ فرضاً، وإنما قلنا (عندهم) لأنا نرى عدم الفرق بين بقاء عين الصبغ وعدمه، كما تقدم.

{وبطلان المعاملة لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له} إشارة إلى ما ذكره الجواهر في وجه كلام الشرائع المتقدم قال: (ولا ينافيه فرض عدم إجازة المالك إذ هي للقراض، أما ما وقع منه للشراء والبيع فهو بإذن العامل الأول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه).

وأشكل عليه المستمسك بقوله: (لا يخفى أن إذن العامل لا تكفي في صحة الشراء والبيع إلاّ إذا كان العامل مأذوناً من المالك في الإذن، وإذا لم يكن مأذوناً فيه من المالك فلا وجه لصحته، وقد عرفت أنه إذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً في المضاربة الثانية، إذ مضمونها الشراء والبيع الذي لم يشترط عليه المباشرة فيها).

وفيه: إن الإذن في تصرف غير العامل بإجازة العامل غير المضاربة التي عقدها العامل الأول مع العامل الثاني، بل لو فرض أن لا إذن من المالك كان

لكن هذا إنما يتم إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وأما مع اعتبارها فلا يتم، ويتعين كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربة الثانية.

اللازم مثل اللازم في صورة الإذن، حيث قد سبق في بعض المسائل المتقدمة أن تخلف الشرط ونحوه في باب المضاربة لا يوجب الحرمان من الربح، وإنما هو موجب للضمان، فالربح للعامل وإن لم يكن إذن من المالك، وعليه فأجرة العامل الثاني على العامل الأول، إما مطلقاً كما اخترناه، أو مع جهل العامل الثاني بالبطلان.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المصنف: {لكن هذا إنما يتم إذا لم تكن المباشرة معتبرة في المضاربة الأولى، وأما مع اعتباره فلا يتم}، وجه النظر:

أولاً: إن ذلك إذا لم يجز المالك المعاملة.

وثانياً: إن تخلف الشرط ونحوه من باب المضاربة لا يوجب الحرمان من الربح.

وثالثاً: قد تقدم أن الربح تابع للمال والعمل، فلا وجه لاختصاصه بأحدهما.

فقوله: {ويتعين كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربة الثانية} ممنوع، حتى على مذاقهم.

وعليه فقول المستمسك: (إن كان المفهوم من المضاربة الأولى خصوص المباشرة فالحكم كما ذكر المصنف من بطلان المضاربة، وكون الربح

جميعه للمالك إذا أجاز معاملة العامل الثاني، ويستحق على العامل أجرة المثل) انتهى، محل منع.

ثم إنه لو اختلفا في أنه هل أجاز له التوكيل أو لا، فإن كان إطلاق أو تقييد عرفي من ظاهر اللفظ ولو بالانصراف كان هو المتبع، والبينة على مدعي خلافه، وإلا كان الأصل مع المالك حيث إن التصرف في ماله يحتاج إلى إجازته المعاملية أو الإذنية.

المحتويات

كتاب الشركة

٥ ــــ ١٢٣

مسائل

٨٤ ـــ ١٢٣

المضاربة

١٢٥ ـــ ٣٤١